

Tilburg University

Open normen, belang en actie bij geschillen in besloten ledenverhoudingen

Prinsen, L.L.M.

Publication date:
2013

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Prinsen, L. L. M. (2013). *Open normen, belang en actie bij geschillen in besloten ledenverhoudingen: 'Scheidingsmelding' in het ondernemingsrecht*. (Center for Company Law). Boom Juridische Uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**OPEN NORMEN, BELANG EN ACTIE BIJ GESCHILLEN
IN BESLOTEN LEDENVERHOUDINGEN**

‘Scheidingsmelding’ in het ondernemingsrecht

**OPEN NORMEN, BELANG EN ACTIE BIJ GESCHILLEN
IN BESLOTEN LEDENVERHOUDINGEN**

‘Scheidingsmelding’ in het ondernemingsrecht

of:

*Scheidingsmelding en opzegging
bij duurzame ontwijking van ledenverhoudingen in
personenvennootschap, ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’, flex-B.V. en
besloten coöperatie mede vanuit het perspectief van de bemiddelaar*

of:

‘Vecht- of echtscheiding?’ in besloten ledenverhoudingen

L.L.M. Prinsen

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2013

© 2013 L.L.M. Prinsen / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-773-0
NUR 827

www.bju.nl

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord, vraagstelling en verantwoording	XIII
Inleiding	1
<i>'Achtergrond'</i>	
1. Algemeen	1
2. Belang en actie in besloten ledenverhoudingen	2
3. Opzegging	5
4. Persoonsgebonden karakter	18
5. Vraagstelling	23
<i>Centrale onderzoeksvraag</i>	30
6. Voorbeeld	30
7. Belang en actie	38
8. Weren	45
9. Begripsomschrijvingen	50
10. Verantwoording	52
11. Doel	56
Hoofdstuk 1 Onderzoeksgebied	57
<i>'Eerste schets'</i>	
Inleiding	57
1. Lidmaatschapsrecht	61
	V

1.1	Wettelijke (Boek 2 BW) en statutaire kader	61
1.2	Functies	62
1.3	Lidmaatschap volgens Boek 2 BW: karakter	73
1.4	Link via het ‘ <i>Haviltex</i> -criterium’	88
1.5	Eerste uitgangspunt	91
	Voorbeeldcasus I (<i>‘Zwagerman’</i>)	96
2.	Verdere afbakening	118
2.1	Deelrechtsorde	118
2.2	Onrechtmatige daad en wanprestatie; grenzen	121
2.3	Duurzame ontwrichting bij B.V. – uitstoting	124
2.4	Duurzame ontwrichting bij B.V. – uittreding	132
2.5	Relativering?	137
2.6	<i>‘Baremans/Muijs’</i>	140
2.7	De <i>‘Baremans/Muijs’</i> -actie	143
3.	Interventie en derogatie	150
3.1	Inleiding	150
3.2	Derogatie	152
3.3	Artikel 2:8 lid 1 BW, wettelijke geschillenregeling en enquêterecht: formeel	155
3.4	Derogerende werking: artikelen 2:8 lid 2, 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW	162
3.5	Duurzame ontwrichting bij personenvennootschappen	166
3.6	Situaties waarin onmiddellijke voorzieningen worden getroffen	171

4. Uitgangspunten	176
4.1 Opzegging, ontbinding, verdeling	176
4.2 Tweede uitgangspunt: opzegging en ontwrichting	181
Voorbeeldcasus II (<i>'De Haas/Ruitenberg'</i>)	182
4.3 Derde uitgangspunt: gelijke gevallen, gelijke behandeling	192
Voorbeeldcasus III (<i>'Double Super'</i>)	194
4.4 Vierde uitgangspunt: geschillenregeling als maat voor goed ondernemingsrecht	198
Voorbeeldcasus IV (<i>'Groenselect'</i>)	202
4.5 Vijfde uitgangspunt: 'betrokkenheid'	204
Voorbeeldcasus V (<i>'Wilmont'</i>)	208
5. Verdere opzet	209
 Hoofdstuk 2 Actie binnen B.V. en maatschap	 211
<i>'Thema'</i>	
Inleiding	211
1. Actie	211
1.1 Artikel 3:303 BW	211
1.2 Actie of rechtsvordering	214
2. B.V.-recht	218
2.1 Acties in besloten verhoudingen	218
2.2 'Verantwoordingsrecht'	220

2.3	Verantwoording bij vennootschap en rechtspersoon	224
2.4	Redelijkheid en billijkheid	232
2.5	Tussenconclusie en inleiding op het vervolg	238
3.	Maatschapsrecht	241
3.1	Inleiding	241
3.2	Betekenis vertrouwen in ‘positieve’ zin	243
3.3	Betekenis vertrouwen in ‘negatieve’ zin	249
3.4	Opzegging: grondslag – tussenbeschouwing	260
3.5	‘Klarende’ werking	267
3.6	‘Vervroeging’ volgens Titel 3.7 BW	269
3.7	Opzegging en positieve nakoming – ‘optimum’	273
3.8	Relativiteit	277
3.9	Tussenconclusie	280
4.	Betekenis rechtspersoonlijkheid	281
	Conclusie	287
Hoofdstuk 3	Actie in besloten ledenverhoudingen	289
	<i>‘Variaties op een thema’ of ‘Hoe transparant is de rechtspersoon?’</i>	
	Inleiding	289
1.	Model	292
1.1	Standaardsamenwerking	292
1.2	Toelichting	294

1.3	Model in de grondverf	296
1.3.1	Ondernemer/onderneming/naam	296
1.3.2	Maatschap: overeenkomst/gemeenschap	296
1.3.3	(Besloten) ledenverhouding en beleid	300
1.3.4	Rechtsdrager	305
1.3.5	B.V. als ‘voorwaardelijk’ rechtsdrager	310
1.3.6	Afgescheiden vermogen	314
1.3.7	Rechtspersoon	316
1.3.8	Vervolg	327
1.4	Besloten ledenverhouding als consensuele relatie	328
1.4.1	Het geschil inzake de <i>‘dierenartspraktijk’</i>	329
1.4.2	Het ‘niet zover laten komen’ als functie van opzegging	332
1.4.3	Vijfde uitgangspunt	335
1.4.4	Consensualiteit en functie opzegging bij B.V.	337
1.5	Contract, statuten, combinatie: deviatie?	339
1.5.1	Beleid bepalen	341
1.5.2	Rechtvaardiging van vermogensrechtelijk beleid	343
1.5.3	Voorbeeld	347
1.5.4	Splitsing van belang	353
1.5.5	‘Dubbele pet’	354
1.6	De positie van de zeggenschapshouders	357

1.7	Conclusie	365
2.	Casus-variaties	367
2.1	Casus 1: achterliggende rechtsverhouding – voorfase	367
2.1.1	Voorafspraken (<i>'Jan Luycken'</i>)	367
2.1.2	Voorovereenkomst tot oprichting (<i>'Chipshol Forward/Van Andel'</i>)	372
2.1.3	'Omzetting' maatschap (<i>'Lampe/Videoworks'</i>)	385
2.1.4	Familie- of groepsachtergrond (<i>'Zwagerman'</i>)	389
2.1.5	Tussenopmerking – overgang van 'vorfase' naar 'ontvlechting'	394
2.2	Casus 2: opzegging – ontvlechting	394
2.2.1	Opzegging samenwerking (<i>'Sequoia'</i>)	394
2.2.2	Opzegging managementovereenkomst (<i>'GRMIC'</i>)	399
2.2.3	Uitzakken (<i>'Cab Truck Trading/ Sfida Logistica c.s.'</i>)	401
2.2.4	'Boven over/onder langs'	410
2.2.5	Beleggingsfunctie	412
2.3	Casus 3: 'opzeggen' door opnieuw te beginnen	415
2.3.1	Casus (<i>'Client First Beheer'</i>)	415
2.3.2	Bevoegdheid (zie ook <i>'UVO Lopik'</i> en <i>'ABN Amro'</i>)	419
2.3.3	Wijze van totstandkoming (<i>'Reynders/Mc Kinney'</i>)	422

2.3.4	Zijstap: rechtstreeks aansprakelijkstelling bestuurder door individuele aandeelhouder (<i>'NOM/Willemsen Beheer'</i>)	427
2.3.5	Inhoud/strekking (<i>'Lampe/Tonnema'</i> en <i>'Ramp/Lensen'</i>)	430
	Conclusie	440
Conclusie	Actie en interventie	443
	<i>'Slot'</i>	
	Inleiding	443
	1. Enquêterecht en personenvennootschappen	446
	2. De vijf uitgangspunten samengevat	453
	3. Naar één Wetboek Ondernemingsrecht	454
	Nawoord	457
	Trefwoordenregister	459
	Jurisprudentieregister	467
	Literatuur	489

Met dank aan: Vakgroep Ondernemingsrecht, Tilburg University
MannaertsAppels Advocaten *en* Appels Notarissen

VOORWOORD, VRAAGSTELLING EN VERANTWOORDING

De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel flexibilisering en vereenvoudiging van het bv-recht sprak van het ontwerp van een goede geschillenregeling ‘als noodzakelijk sluitstuk voor een evenwichtig bv-recht’. Ofschoon ik het gebruik van de term ‘sluitstuk’ begrijp – en de redenering goed wil verstaan – ben ik er steeds enige moeite mee blijven houden. Een goede regeling van geschillen is eigenlijk geen sluitstuk, maar zou geïntegreerd moeten zijn in (het denken over) goed ondernemingsrecht in zijn meest brede betekenis, dus inclusief personenvennootschapsrecht.

Deze brede benadering miste ik in het op 15 december 2011 ingetrokken wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 BW (Wv 31 065), in de op 1 oktober 2012 wel doorgevoerde flexibilisering en vereenvoudiging van het bv-recht (Wv 31 058), waaronder de wijzigingen van de wettelijke geschillenregeling per die datum, en in die van het enquêterecht per 1 januari 2013 (Wv 32 887). Waarom niet één bij de interne samenhang in het ondernemingsrecht passende benadering van geschillen in besloten ledenverhoudingen? In één wettelijke regeling binnen één Wetboek Ondernemingsrecht?

Deze vraag was de eerste aanleiding voor dit boek, geschreven voor studenten (met enig begrip van het ondernemingsrecht) en professionals – advocaten, notarissen, mediators, arbiters, (comparitie- en kort geding)rechters en andere belangstellenden. Het gaat over het fenomeen van de scheidingsmelding beschouwd tegen de achtergrond van de samenhang tussen open norm, belang en actie bij geschillen in besloten ledenverhoudingen over de hele breedte van het ondernemingsrecht. En het gaat over de vraag wat kennisname van die samenhang kan betekenen voor de praktijk van de conflictbeheersing en -oplossing.

Centraal staan de scheidingsmelding en opzegging bij duurzame ontwrichting van persoonsgebonden samenwerkingsvormen in het ondernemingsrecht.

De tweede aanleiding is geweest mijn eigen belangstelling voor het onderwerp ‘geschillen in besloten verhoudingen’. Belangstelling die voortvloeit uit mijn werkzaamheden als advocaat en uit mijn docentschap aan de Vakgroep Ondernemingsrecht van de Universiteit van Tilburg. De gedachte dat de samenhang tussen open norm, belang en actie bij geschillen in besloten ledenverhoudingen een onderwerp voor een boek zou kunnen zijn speelt bij mij al lang. Het bleek in elk geval een onderwerp dat zich goed leende voor uitwerking in de colleges ‘ondernemingsrechtelijke geschillenoplossing’ die ik steeds in het najaar verzorg. Tegelijk bleek uit samenwerking met advocaten en adviseurs op het gebied van het personen- en familierecht – ik noem mr. B.E.S. Chin-A-Fat, mr. M.A. de Voort en drs. J.M.J. Holtermans – dat thema’s als scheidingsmelding en over-

legscheiding in dat deel van het recht bekend en geaccepteerd zijn terwijl ze binnen het ondernemingsrecht amper een rol spelen. Bijlage 4 bij de gedragscode voor advocaten in het personen- en familierecht, bijvoorbeeld, noemt in artikel 3 de scheidingsmelding expliciet.

Mijns inziens is dat gebrek aan aandacht ten onrechte onder meer vanwege het feit dat nogal wat ruimte voor het vinden van creatieve oplossingen in de praktijk van het ondernemingsrecht verloren gaat doordat partijen en hun advocaten bij scheiding eerder kiezen voor de contentieuze weg dan dat zij met elkaar naar een oplossing zoeken op een vooraf afgesproken wijze. Vervolgens bleek mij bij het schrijven van dit boek dat scheidingsmelding en opzegging zich goed laten vangen binnen het onderwerp van de samenhang tussen open norm, belang en actie. De verantwoording voor de keuze van de opzegging en scheidingsmelding als thema's heb ik in de inleiding, paragraaf 10 verder uitgewerkt.

Nadrukkelijk is dit boek een visie vanuit de praktijk en daarmee een bijdrage vanuit de praktijk aan de discussie over waar ondernemingsrecht staat en waar het zich heen zou kunnen en wellicht moeten bewegen. Verder bestaat 'de' waarheid ook in het ondernemingsrecht niet maar er bestaan helaas geen leestekens om dat besef in het navolgende steeds tot uitdrukking te brengen. Waar geldt dat twee advocaten in geval van geschillen al diametraal tegengestelde visies blijken te kunnen hebben op dezelfde feiten en het toepasselijke recht, gaat dat zeker op als tien 'corporate litigation' advocaten op een onderwerp als dat van dit boek 'los gaan'. Het boek is geschreven vanuit belangstelling, omdat het nou eenmaal 'moest' en om het boek in het onderwijs te gebruiken.

Tegelijk heb ik vanzelfsprekend mijn betoog zoveel als mogelijk met verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur onderbouwd. Het boek is naast een betoog in één lijn ook een zoektocht – 'back to basics' – naar de betekenis van de fenomenen scheidingsmelding en opzegging in het perspectief van de in de praktijk gelukkig wel degelijk voorkomende wens om te doen aan conflictbeheersing afgezet tegen de bepaald niet eenvoudige achtergrond van het ondernemingsrecht.

Ik heb daarbij in dit boek aan scheidingsmelding een ietwat feitelijker en daarmee 'kalere' betekenis toegedicht dan wellicht in het personen- en familierecht gebruikelijk is. Mijn uitgangspunt is dat de kwaliteit van de scheidingsmelding de acceptatie van de opzegging en scheiding vergroot en daarmee de waarschijnlijkheid dat het proces van uit elkaar gaan van compagnons, leden en aandeelhouders, ooit met elkaar verbonden in een verhouding die kwalificeerde als 'besloten', beter verloopt. Dit is in wezen een dijk van een open deur. Praktijkervaring maar ook kennisname van vooral jurisprudentie van de Ondernemingskamer leert echter dat lang niet alle betrokkenen dit (willen of kunnen) zien of daar consequenties aan (willen of kunnen) verbinden.

Het fenomeen scheidingsmelding heeft betekenis in een drietal opzichten, te weten ten eerste in psychologisch, ten tweede in juridisch en ten derde in financieel opzicht. Refereert de vorige alinea aan de kwaliteit van de scheidingsmelding dan doel ik daarmee op alle drie betekenissen. Dit boek gaat voornamelijk in op de juridische betekenis en neemt beide andere aspecten op een aantal plaatsen in het betoog mee.

Over onderwerpen van ondernemingsrecht is al veel geschreven, maar nog niet over of vanuit de specifieke plaats en betekenis van het fenomeen van de scheidingsmelding. Het kan daardoor en ook door de dwingende systematiek van Boek 2 BW niet anders dan dat de juridische betekenis genuanceerd is. Die genuanceerde betekenis heb ik geprobeerd in dit boek boven tafel te krijgen, maar wel in een brede benadering.

Dit brengt me op het volgende. Ik kan en wil niet ontkennen dat ik in Tilburg juridisch gevormd ben. Dat is in dit boek te herkennen. Omdat ik verder de betekenis van scheidingsmelding wilde beschrijven in het eveneens brede perspectief van de samenhang tussen open norm, belang en actie kon het niet anders dan dat ik op de schouders van andere schrijvers ben gaan staan. Ik noem Bulten, Eggens, Geerts, Van der Grinten, Hamers, De Kluiver, Kroeze, Lennarts, Maeijer, Schoordijk, Löwensteyn, Raaijmakers, Van der Sangen, Van Schilfgaarde, Schwarz, Slagter, Timmerman en Van Veen, en ik wil anderen hiermee zeker niet te kort doen. Waar ik de link van de vruchten van hun denken met het onderwerp van dit boek heb herkend, heb ik naar genoemden verwezen.

Voor mij – geheel persoonlijk – zijn de artikelen van M.J.G.C. Raaijmakers *Over de rechtsbetrekkingen tussen aandeelhouders in een ‘quasi V.O.F.’*, in: In het nu wat worden zal, Kluwer 1991, en *Vereenvoudiging titel 7.13*, in: *Ondernemingsrecht 2009/2*, belangrijke inspiratiebronnen waar ik graag naar verwijs en waar ik in het boek naar heb verwezen.

Belangrijke inspiratiebron is ook het proefschrift van C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde*, Kluwer 2011, en haar bijdrage in het preadvies van de Vereeniging ‘Handelsrecht’ 2011, ‘De nieuwe geschillenregeling’: *Over de flexibele aflegging van de sluier: de nieuwe uittreding*, Kluwer 2011. Waar herhaling kon worden vermeden door naar haar te verwijzen is dat gebeurd. Ondanks de heel andere opzet en spanningsboog van het onderhavige betoog was het onvermijdelijk dat dit boek haar proefschrift af en toe raakt of overlapt. De conclusie van dit boek gaat op enkele punten van ‘overlap’ nog expliciet in. Degene die zich in de materie wenst te verdiepen kan de beide boeken en de bijdrage met behulp van de voetnoten prima naast elkaar leggen.

Graag verwijs ik ook naar het proefschrift van M.W. de Hoon, *Conflictbeheersing bij opzegging*, Boom Juridische uitgevers 2005. Haar colleges, persoonlijke

gesprekken en haar proefschrift hebben mij geïnspireerd om de opzegging en de idee van conflictbeheersing tegen de praktijk en dogmatiek van het ondernemingsrecht af te zetten.

Het doel van dit boek is vierledig, te weten: (1) de beschrijving van de (rechts)gevolgen van en rond scheidingsmelding en opzegging tegen (2) de achtergrond van de samenhang tussen open norm, belang en actie, (3) over de breedte van het ondernemingsrecht, onder (4) beantwoording van de vraag wat een bemiddelaar ter bepaling van diens mogelijkheden heeft aan kennis van het antwoord op de eerste drie vragen. Doel is niet het geven van een uitputtende beschrijving van alle mogelijkheden op het gebied van de flex-bv. Daarover worden veel cursussen gegeven en is veel terug te vinden in de ook in dit boek aangehaalde literatuur. Doel is veeleer wel het schetsen van lijnen en patronen binnen het ondernemingsrecht die bruikbaar zijn als referentiekader bij de uitleg van open normen die ook nadat de flex-bv werd ingevoerd belangrijk blijven.

Het thema van de inhoudelijke beoordeling van statutaire bepalingen en van hetgeen waartoe betrokkenen jegens elkaar gehouden zijn, is door de invoering van de flex-regeling alleen maar actueler geworden. Het zou wel eens zo kunnen zijn dat waar de mogelijkheden door de flex-regeling ‘aan de voorkant’ zijn vergroot, problemen ‘aan de achterkant’ in geval van geschillen en bij vragen van uitleg terugkeren. Besef van de context – van de betekenis van open normen zoals artikel 2:8 BW in het stelsel van de wet – is dan onmisbaar.

Een wetenschappelijk verantwoorde aanpak had kunnen en wellicht moeten zijn geldend recht, jurisprudentie en de meningen van schrijvers steeds op een rij en tegenover elkaar te zetten en op basis daarvan aan theorievorming te doen. Ik heb dat niet gedaan, maar gekozen voor een betoog in één lijn in de vorm van een zoektocht. Tegengestelde meningen heb ik verwerkt in de tekst en in voetnoten. Mede door de uitwerking in de lijn van één betoog kon het niet anders dan dat ik bij de verschillende onderwerpen zou raken aan onderwerpen die eerder door anderen zijn beschreven. Waar ik me daarvan bewust was heb ik naar hen verwezen.

De beschrijving van losse onderwerpen in de verschillende paragrafen is in de samenhang van en als dienstig aan het betoog te beschouwen. Natuurlijk is er door anderen eerder meer en beter geschreven over de redelijkheid en billijkheid. Natuurlijk is er meer en beter geschreven over besloten verhoudingen. Natuurlijk is er meer en beter geschreven over onderwerpen als het *Ermes/Haviltex*-criterium. De toegevoegde waarde zit mijns inziens in de poging de scheidingsmelding als fenomeen een plaats te geven binnen de dogmatiek en praktijk van het ondernemingsrecht. Het onderwerp leent zich zeker voor verdere door-denking en uitwerking.

Ik heb geen concessies gedaan op het punt van de lengte en mijn benadering van het onderwerp. Degene die zich voor het onderwerp interesseert en het boek leest krijgt er voor terug: (1) een referentiekader bij de uitleg van open normen bij geschillen in besloten ledenverhoudingen in het bijzonder als statutaire of contractuele bepalingen niet of minder duidelijk zijn, (2) aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag wanneer opzegging in het ondernemingsrecht tot de mogelijkheden behoort, (3) een beeld van de (rechts)gevolgen van en rond scheidingsmelding en (4) een beeld van de mogelijkheden voor bemiddeling in deze gecompliceerde ondernemingsrechtelijke problematiek.

De inleiding werkt de in dit voorwoord weergegeven vraagstelling verder uit. Hoofdstuk 1 geeft een beschrijving van het onderzoeksgebied en formuleert een vijftal uitgangspunten voor het vervolg. Hoofdstuk 2 gaat in op bv-recht en op maatschapsrecht afzonderlijk. Hoofdstuk 3 betreft de verschillende bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken op elkaar.

Om de in hoofdstuk 3, paragraaf 1.7 geschetste redenen heb ik de problematiek van de doorwerking van de aandeelhoudersovereenkomst als het gaat om de consequenties daarvan op het vlak van eventuele nietigheid of vernietigbaarheid van besluiten buiten beschouwing gelaten. Vanuit het perspectief van de scheidingsmelding gaat het boek daar niet over. Ander aspecten van die doorwerking komen wel aan de orde.

Alle in de ARO gepubliceerde jurisprudentie vanaf 1 januari 2002 tot en met jaargang 2012 is ten behoeve van het onderzoek doorgenomen. In de tekst en de voetnoten wordt ernaar verwezen. Voor een overzicht in de periode 2000-2007 verwijs ik ook naar Van Wijk in Ondernemingsrecht 2007-10/11 en naar de jaarlijkse kronieken in de geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* uitgegeven door Kluwer. In dit boek is geen rechtsvergelijking met andere rechtssystemen opgenomen. Het manuscript is afgerond op 31 december 2012.

Achterop dit boek is via een 'QR-code' een verwijzing naar mijn persoonlijke website en die van mijn kantoor opgenomen.

Tot besluit van dit voorwoord een exoneration, want naast docent en schrijver van dit boek ben ik nog steeds advocaat. Iedere gelijkenis van in dit boek voorkomende casus met kwesties die in mijn praktijk spelen berust op toevalligheid. De voorbeeldcasus die in dit boek zijn gebruikt wijken qua feiten en het toepasselijke recht op essentiële punten van die kwesties af.

L.L.M. Prinsen,
Spoordonk, 24 februari 2013

‘Abstracte vragen kunnen de sleutel zijn tot onverwachte resultaten.’

Gerard Janssen,
Robert Dijkgraaf en het IAS
‘Het is krabben, krabben, krabben’
in: *Vrij Nederland*, 22 december 2012, p. 57

INLEIDING

‘Achtergrond’

1. Algemeen

Zoals iedere advocaat weet: actie is reactie. Ons vak bestaat uit actie en reactie en de geleiding ervan. Dit boek gaat over de juridische actie of rechtsvordering, over de open norm waaraan de actie in voorkomende gevallen is gekoppeld en over de samenhang tussen belang en actie in die gevallen bij geschillen in besloten ledenverhoudingen. Het gaat ook over conflictbeheersing en over de betekenis en rechtsgevolgen van scheidingsmelding en opzegging in het perspectief van de samenhang tussen open norm, belang en actie.

Zoals bekend is het adagium: ‘zonder belang geen actie’. Dit boek gaat echter niet over de negatieve, maar over de positieve samenhang tussen belang en actie en dan alleen in gevallen dat de actie is gekoppeld aan de handhaving van een open norm. Zoals in het geval dat de wet bepaalt dat de rechter op vordering van een ‘redelijk belang’-hebbende een besluit in een rechtspersoon dat in strijd is met de redelijkheid en billijkheid kan vernietigen. De gedragseisen van redelijkheid en billijkheid zoals verwoord in artikel 2:8 lid 1 BW zijn dan de open normen; de mogelijkheid voor een belanghebbende om ex artikel 2:15 lid 1 sub b BW een besluit genomen in strijd met die gedragseisen door een rechter te laten vernietigen is de actie.

Er bestaat in dit voorbeeld een zekere samenhang tussen open norm, belang en actie. Verder kan worden geconstateerd dat de wetgever het kennelijk zodanig belangrijk heeft geacht dat gedrag in de interne verhoudingen binnen een rechtspersoon in overeenstemming is met de eisen van redelijkheid en billijkheid dat hij in geval van verzuim aan een daarbij voldoende ‘redelijk belang’-hebbende een bijzondere actie heeft toegekend.

Dat een norm ‘open’ (of ‘vaag’) is wil zeggen dat er ruimte bestaat voor interpretatie van de inhoud en van de strekking van de norm. Zo is de inhoud van de gedragseisen van redelijkheid en billijkheid voor interpretatie vatbaar maar ook de inhoud van het (redelijke) belang dat die gedragseisen beogen te beschermen. Dat vindt zijn oorzaak in het feit dat ‘redelijkheid en billijkheid’ en ‘(redelijk) belang’ open begrippen zijn. De inhoud en de strekking van de norm moeten daardoor worden uitgelegd. Het gaat dan om vragen als wanneer een betrokkene bij een geschil in een besloten verhouding voldoende redelijk belang heeft bij de

Inleiding

naleving van de gedragseisen van redelijkheid en billijkheid, wat de inhoud is van de norm, waar toepassing van de norm toe moet leiden en welke actie kan worden ingesteld.

Zijn inhoud en strekking van de open norm voldoende concreet te maken dan kan dat in voorkomende gevallen leiden tot de conclusie dat sprake is van een uit die norm – in aanvullende en derogerende zin¹ – voortvloeiende verbintenis tot een geven, doen of nalaten² terzake waarvan nakoming (zie artikel 3:296 BW) of schadevergoeding (zie artikel 6:74 of 6:162 BW) kan worden gevorderd, dan wel waaraan andere consequenties kunnen worden verbonden.

Omdat uitleg van een open norm plaats vindt en moet vinden in het perspectief van de feiten (de omstandigheden van het geval),³ de betrokken belangen, het ook overigens toepasselijke recht en de bestaande rechtsovertuigingen – en betrokkenen daarop bij conflicten meestal een diametraal tegengestelde visie hebben – is uitleg doorgaans geen sinecure. Niet ieder belang is ook even rechtens relevant. Niet iedere open norm leidt bij schending steeds ook tot dezelfde acties. Zo kan van de gedragseisen van redelijkheid en billijkheid bij wijze van mogelijke actie onder omstandigheden ook vooraf nakoming worden gevorderd.

Recht is hierbij ook systematiek: als het ware ‘micro’ in de vorm van een contract en ‘macro’ in de vorm van het grotere geheel van (in dit boek) het ondernemingsrecht. Beide geven in voorkomende gevallen richting aan de interpretatie van de inhoud en strekking van de open norm alsook richting aan de verbonden actie(s), ook bij geschillen in besloten ledenverhoudingen. De actie kan er dan een zijn tot nakoming of schadevergoeding, tot het geven van een verbod, tot schorsing, ontslag, ontbinding, gedwongen overdracht van aandelen, etc.

Soms laten rechtssystemen – ‘micro’ of ‘macro’, bedoeld of onbedoeld – ruimte voor uitleg omdat sprake is van lacunes of omdat opzettelijk bepaalde kwesties niet geregeld zijn. Als dan recht moet worden gevonden, moet dat naar vaste rechtspraak zoveel mogelijk aansluiten op het stelsel van de wet en de wel in de wet geregelde gevallen. Ook dan kunnen de samenhang tussen open norm, belang en actie een zekere rol spelen.

2. Belang en actie in besloten ledenverhoudingen

Belang en actie kunnen bij geschillen in besloten ledenverhoudingen tot van alles leiden: compagnons in een maatschap die elkaar de keet uitvechten, aan-

¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 398 e.v.

² Rijken 1994, p. 12, Van Andel 2006, p. 50 e.v., Tjong Tjin Tai 2007, p. 703 e.v., Huizink 2010, p. 10, De Jongh 2011, p. 609 e.v., Assink 2012, Snijders 2012.

³ Zie artikel 6:2 lid 2 BW en 6:248 lid 2 BW, Rijken 1994, p. 46.

deelhouders die het in verschillende procedures met elkaar aan de stok hebben, leden van een coöperatie die elkaar en/of het bestuur het leven zuur maken, familiebedrijven die de aanduiding familie niet meer herkennen, certificaathouders die elkaar niet langer verdragen. Al dan niet op de rand van faillissement. Slepend en kostbaar. Kortom: situaties waarin sprake is van duurzame ontwrichting en het uiteengaan van partijen is geïndiceerd.

Elke ondernemingsrechtadvocaat kent voorbeelden van dit soort zich door hun persoonlijke karakter typerende besloten verhoudingen waarin de samenwerking, vaak ook op heel persoonlijke wijze, in haar tegendeel is komen te verkeren. De betrokken belangen zijn meestal – relatief gezien – groot. De over en weer ingestelde acties – tot nakoming, schadevergoeding, ontbinding, vernietiging, uittreding, uitstoting, ontzetting, etc. – zijn divers. De ondernemingsrechtelijke achtergrond is gevarieerd en niet eenvoudig. Open normen zoals die van de redelijkheid en billijkheid spelen een belangrijke rol, maar komen lang niet altijd in de verhouding tussen betrokkenen tot uitdrukking, zo leert de praktijk en zo leert kennisame van de uitgebreide rechtspraak over geschillen in besloten verhoudingen.

Bekendheid met en waarschuwingen voor dit soort van gecompliceerde ontwrichtingen leiden vaak tot de vervaardiging van geschillenregelingen in (vennootschaps)contracten, statuten, convenanten of familieprotocollen⁴ die bedoeld zijn om de geschetste vormen van ontwrichting te voorkomen of te beheersen. Een dergelijke regeling is dan een vastlegging van de rechtsverhouding tussen betrokkenen voor dat moment, maar meer nog voor de toekomst in de hoop en verwachting dat de regeling ook bij eventueel nog opkomende geschillen zal standhouden. Die regeling is dan bedoeld om te dienen als grondslag voor latere juridische acties, maar ook om die te beperken, en is in die zin dus een vorm van (anticiperende) conflictbeheersing.

Conflictbeheersing, dus het niet uit de hand (willen) laten lopen van conflicten, kan ook in besloten verhoudingen beschouwd worden als een vorm van handelen naar redelijkheid en billijkheid als daarmee rekening wordt gehouden met belangen van anderen. Ze getuigt voor zover van betekenis voor de onderneming en de daarbij betrokken belangen van goed ondernemersbeleid.

⁴ Hierover Geerlings, De Lange & Van Oostrom-Streep 2009, p. 113 e.v. In de overvloedige literatuur over het onderwerp zijn aan te bevelen Laura & Larry Colin, *Familie bv*, Spectrum 2008, en Maarten van de Kimmenade, *Verkoop van een familiebedrijf*, Centrum van het Familiebedrijf 2003.

Bedoelde contractuele geschillenregelingen zijn – zoals alle contracten – persoonsgebonden.⁵ Dat geldt ook voor personenvennootschapscontracten, hetgeen onder meer tot uitdrukking komt in de hoofdregel van artikel 7A:1683 BW waaruit blijkt dat personenvennootschappen afhankelijk zijn van de persoonlijke lotgevallen van de partijen bij die contracten, zoals overlijden, onder curatele stelling, faillissement, etc., maar welke contracten ook – als hoofdregel, zo bepaalt artikel 7A:1683 sub 3 BW – worden ontbonden:

‘door opzegging van een vennoot aan de andere vennoten’.

Op het eerste gezicht lijkt opzegging – met scheidingsmelding het centrale thema van dit boek – door deze hoofdregel een voor de hand liggend en eenduidig instrument om in de beschreven gevallen van duurzame ontwrichting van persoonsgebonden samenwerking te komen tot de beëindiging ervan en wellicht ook tot de beheersing van mogelijk bestaande conflicten.⁶

Maar opzegging heeft zoals bekend ook iets ‘dubbels’. Opzegging kan worden beschouwd als een mogelijkheid om duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd eenzijdig te beëindigen ook zonder dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming.⁷ Kan rechtsgeldig worden opgezegd dan ecarteert dat dus de mogelijkheid van een actie tot nakoming. Probleem is echter dat opzegging ook ‘oneigenlijk’ kan worden gebruikt om onder afspraken – wellicht ook onder geschillenregelingen – uit te komen,⁸ bijvoorbeeld als een te korte opzegtermijn wordt gehanteerd of onvoldoende rekening wordt gehouden met aan de zijde van de opgezegde persoon bestaande belangen. Dat kan weer leiden tot aansprakelijkheid van de opzegger voor daardoor aan de zijde van de opgezegde geleden schade of tot een veroordeling tot nakoming van bepaalde verplichtingen.

Opzegging is hierdoor dus bepaald niet een eendimensionaal instrument voor de beëindiging van een relatie. Dat geldt zeker ook bij geschillen in personenvennootschappen en bij ontwrichting van samenwerking in Boek 2 BW-rechtspersonen. Daarvoor bestaan in die verhoudingen nog verschillende andere redenen die bij elkaar bij wijze van inleidende beschrijving in de volgende paragraaf een eerste indruk geven van de gevarieerde mogelijkheden rond en de juridische betekenis van het fenomeen opzegging bij duurzame ontwrichting van besloten ledenverhoudingen.

⁵ Vgl. HR 10 november 2006, NJ 2007, 561, concl. A-G Timmerman, nt. Snijders (*Groenselect*) en HR 26 november 2010, NJ 2011, 55 concl. A-G Timmerman, nt. Van Schilfgaarde (*Silver Lining*).

⁶ Zie hierover het proefschrift van M.W. de Hoon, *Conflictbeheersing bij opzegging*, Boom Juridische uitgevers 2005.

⁷ De Hoon 2010, p. 139.

⁸ Vgl. r.o. 5.1 en 5.3 beoordeling Gem. Hof Ned. Antillen en Aruba bij HR 10 november 2006, NJ 2007, 561 (*Groenselect*).

Een betekenis die in de daarop volgende paragrafen wordt geduid tegen de achtergrond van de samenhang tussen open norm, belang en actie.

3. Opzegging

Allereerst geldt dat voor opzegging van een Boek 2 BW-rechtspersoon met als rechtsgevolg de ontbinding ervan – zou dat in geval van ontwrichting en geschillen al wenselijk zijn en zou dat al een oplossing bieden – geen wettelijke grondslag bestaat. Boek 2 BW-rechtspersonen – die zoals bekend niet kwalificeren als contracten – worden verondersteld juist niet te eindigen door overlijden of faillissement van een van de leden of door opzegging. In die zin zijn Boek 2 BW-rechtspersonen conceptueel beschouwd juist niet persoonsgebonden.

Tegelijk geldt – een ander aspect van het in opzet niet persoonsgebonden karakter van Boek 2 BW-rechtspersonen – dat lidmaatschap van een Boek 2 BW-rechtspersoon principieel beschouwd uitwisselbaar is. Artikel 2:5 BW bepaalt immers:

‘Een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijke persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.’

De rechtspersoon is de rechts- en plichtsdrager. De persoon of hoedanigheid van het lid doet er *in beginsel* niet toe. De opzegbaarheid van de relatie met de rechtspersoon of met andere leden verdraagt zich goed met dit uitgangspunt.

Dit is wat betreft de relatie tussen een lid en de rechtspersoon goed herkenbaar bij de vereniging. Als hoofdregel geldt daar dat leden steeds kunnen uittreden. Dat gebeurt door opzegging door het lid van het lidmaatschap aan de rechtspersoon op de wijze als geregeld in artikel 2:35 lid 1 sub b BW. Aan die mogelijkheid van opzegging zijn in artikel 2:36 BW enkele voorwaarden verbonden zoals het in acht nemen van een opzegtermijn. Tegelijk geldt dat opzegging van het lidmaatschap *steeds* kan geschieden tegen het einde van het boekjaar. Om deze reden wordt een onopzegbaar lidmaatschap in strijd geacht met de wet.⁹

Opzegging door een lid is bovendien – als hoofdregel – met onmiddellijke ingang mogelijk bij beperking van rechten of verzwaring van plichten door verenigingsbesluit binnen een maand nadat het besluit hem is bekend geworden of medegedeeld (artikel 2:36 lid 3 BW).

⁹ Asser-Van der Grinten II (de rechtspersoon), p. 243, Bulten 2011/2, p. 5, Asser/Rensen 2-III* 2012/75.

Inleiding

Door de uittreding (het rechtsgevolg van de opzegging) eindigt de lidmaatschapsverhouding met de vereniging. Het lid beschikt dan niet meer over de rechten verbonden aan het lidmaatschap – zoals stemrecht en een voorwaardelijke aanspraak op (een deel van) het liquidatiesaldo (artikel 2:23b lid 1 BW) – maar ook de gebondenheid aan uit de lidmaatschapsverhouding eventueel voortvloeiende nieuwe verplichtingen, althans in de interne verhouding tot de vereniging neemt een einde.

Beëindiging – omgekeerd – van de lidmaatschapsverhouding door de vereniging is ook mogelijk. Beëindiging geschiedt door de vereniging als zodanig, vertegenwoordigd door het bestuur of door een ander door de statuten aangewezen orgaan, via de opzegging van de verhouding met een lid (artikel 2:35 lid 1 sub c en lid 2 BW) of door ontzetting van een lid (artikel 2:35 lid sub d en lid 4 BW). Opzegging door de vereniging is alleen mogelijk in de gevallen in de statuten genoemd, verder wanneer een lid heeft opgehouden aan door statuten gestelde eisen te voldoen alsook wanneer redelijkerwijs van de vereniging niet kan worden gevergd het lidmaatschap te laten voortduren. De ontzetting is alleen mogelijk als het lid handelt in strijd met de statuten, reglementen of besluiten van de vereniging, of hij de vereniging op onredelijke wijze benadeelt.

Wat betreft de relatie met andere leden geldt dat verenigingsrecht niet de mogelijkheid kent van opzegging van de gehele rechtsverhouding met de andere leden, zoals bij de personenvennootschap wel mogelijk is volgens de hoofdregel van artikel 7A:1683 sub 3 BW. Vinden alle leden dat de noodzakelijke chemie is komen te ontbreken – of sterker: sprake is van duurzame ontwrichting¹⁰ en in die zin de ‘vereniging’ ‘krachteloos’ is geworden – dan kunnen ze bij besluit de vereniging ontbinden. Komt het dan van een ontbindingsbesluit niet, dan resteert – even los van de rechtsmaatregelen die bij duurzame ontwrichting in geschilssituaties verder mogelijk zijn, zoals een beroep op artikel 2:8 BW of in sommige situaties het enquêterecht – voor een lid als een soort ‘ultimum remedium’ alleen de mogelijkheid zelf uit te treden.¹¹

In geval van duurzame ontwrichting is de term ‘krachteloos’¹² raak gekozen. Het kost geen moeite hem van het personen- en familierecht naar het ondernemingsrecht over te brengen. De vereniging waarin ontwrichtig ertoe leidt dat er voor wedstrijden geen scheidsrechters zijn, geen coaches beschikbaar, geen bardiensten gedraaid, geen contributie geïnd, leden weglopen en geen bestuurders beschikbaar zijn, is krachteloos geworden. Zij mist bestaansrecht en kan ook, uiteindelijk, door de Kamer van Koophandel of op verzoek van een belanghebben-

¹⁰ Hoefnagels & Van Leuven 2009, p. 40 e.v.

¹¹ Van der Sangen 2012/2, p. 444.

¹² Lenters 1993, p. 58, MvA bij Wetsvoorstel 10 213, p. 3/4. *‘Een ontwricht huwelijk is een samenleving die uit haar verband is gerukt, krachteloos is gemaakt.’*

de door de rechtbank worden ontbonden (artikelen 2:19 en 20 BW). Of ook – onder voorwaarden – door de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (hierna: Ondernemingskamer) in het enquêterecht.

Wordt de vereniging ontbonden, dan bestaat zij – ook de informele vereniging¹³ – als rechtspersoon voort voor zover dit tot de vereffening van haar vermogen nodig is (artikel 2:19 lid 5 BW). Zij houdt pas op te bestaan op het tijdstip waarop de vereffening eindigt (artikel 2:19 lid 6 BW). Het laat zien dat met de ontbinding eventuele conflicten nog niet hoeven te zijn opgelost, sterker: misschien zelfs nadien wel in alle hevigheid losbarsten. Ontbinding staat op zichzelf tegenover de duurzame ontwrichting dus neutraal: zij hoeft geen oplossing te betekenen en betekent het meestal ook niet.

Voor de idee van de principiële uitwisselbaarheid van het lidmaatschap bestaat bij de vereniging ook een fundamenteeler argument dan alleen te verwijzen naar de in de wet vastgelegde opzeggingsmogelijkheid. Als grondwettelijke hoofdregel geldt de vrijheid van vereniging.¹⁴ Waar de hoofdregel vrijheid van vereniging is, bestaat aan de andere kant als hoofdregel vrijheid van uittreding. Grondregel van ons recht is, zoals Van der Grinten schreef, dat geen organisatie dwang bestaat¹⁵ en daardoor ook dat aan de opzegging van een vereniging, naast hetgeen in de wet is opgenomen, geen bezwarende voorwaarden kunnen worden verbonden.

Er is nog een argument. Het lidmaatschap van een vereniging is als hoofdregel persoonlijk (artikel 2:34 BW).¹⁶ In het geval van een kleine vereniging of club is ‘persoonsgebondenheid’ daarnaast ook binnen de onderlinge ledenverhouding nogal eens herkenbaar. De vereniging is dan meer een personenassociatie. In zo’n club zijn de persoon van het lid en diens kwaliteiten en bijdrage doorslaggevend (‘intuitu personae’).¹⁷ Dat is wederzijds. Ontbreekt dat wederzijds karakter – de ‘affectio’/de chemie of is de vereniging krachteloos geworden – dan vervalt de grondslag voor de associatie met het lid, met meerdere leden of tussen alle leden. Het lidmaatschap is in zo’n club nog steeds principieel uitwisselbaar, maar ook – in beginsel – persoonlijk: een opvolgende lid zal eerst door de leden van de club moeten worden toegelaten.

De rechtsverhouding ‘vereniging’ is met dat krachteloos worden – zo blijkt ook uit het voorgaande – als zodanig nog niet ook opzegbaar geworden. Wellicht

¹³ Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/20.

¹⁴ Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/2.

¹⁵ Asser-Van der Grinten II (de rechtspersoon), p. 205 en 244. Vgl. nt. Maeijer onder 2 bij HR 9 januari 1987, NJ 1987, 959, concl. A-G Mok (*Vecolac/Juliana*), Raaijmakers 1988/2, p. 205 e.v.

¹⁶ Van der Sangen 1999, p. 151 e.v.

¹⁷ Raaijmakers 1988/2, p. 205 e.v.

Inleiding

geldt dat wel – vanwege haar bijzondere consensuele en informele karakter – in zekere rudimentaire zin voor de informele vereniging: die hoeft nog geen statuten te hebben en zou als resultaat van een meerzijdige rechtshandeling kunnen worden beschouwd als een soort voorovereenkomst.¹⁸ Wellicht dat opzegging dan een rol kan spelen. Tegelijk zal die opzegging heel dicht tegen een besluit tot ontbinding aanliggen.

Het voorgaande geldt op hoofdlijnen ook voor de coöperatie als bijzondere vereniging – zo bepaalt artikel 2:60 BW. Tegelijk geldt dat met behoud van vrijheid van uittreding uit de coöperatie daaraan bij de statuten voorwaarden in overeenstemming met doel en strekking kunnen worden verbonden.¹⁹ Samenvattend zou ten aanzien van de vereniging en de coöperatie kunnen worden gesteld dat leden vrij zijn door opzegging uit te treden tenzij – binnen zekere beperkte grenzen – uit de rechtsverhouding anders voortvloeit. Die rechtsverhouding wordt dan bepaald door wet, statuten en een eventueel aanwezig contract, door – bij de coöperatie²⁰ – doel en strekking, en door het ‘intuitu personae’ karakter van de lidmaatschaps- en ledenverhouding. Hoofdregel is dan vrijheid van uittreding, maar er kunnen – opnieuw: binnen zekere grenzen – voorwaarden zijn of worden verbonden.

Het kan in geval van geschillen dwingen tot belangenafweging door de beoordelende rechter of arbiter.²¹

Een ander voorbeeld van bedoelde uitwisselbaarheid, maar vanuit een andere invalshoek en in een andere Boek 2 BW-rechtspersoon, is artikel 2:134/244 BW dat bepaalt dat iedere bestuurder te allen tijde kan worden ontslagen door het orgaan dat bevoegd is tot benoeming en dat veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen vennootschap en bestuurder niet kan worden uitgesproken.²² De invalshoek is anders omdat een bestuurder geacht moet worden lid van het bestuur te zijn en dus geacht moet worden ten opzichte van de rechtspersoon een andere lidmaatschapspositie in te nemen dan wat we traditioneel kennen als ‘leden’. Het laat de idee van uitwisselbaarheid onverlet.

¹⁸ Vgl. Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/21. Terecht waarschuwt Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/13 en 17 ook tegen het te ver doorvoeren van deze gedachte. Ze kan maar voor een zeer beperkt aantal gevallen worden volgehouden.

¹⁹ Van der Sangen 2012/2, p. 441 en 446. Hof 's-Hertogenbosch 29 april 1997, NJkort 1997/39 (*Campina Melkunie*), HR 29 januari 1999, JOR 1999, 86, nt. Rensen (*Campina Melkunie*), Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2001, NJ 2002, 99 (*Kuijpers/The Greenery International*).

²⁰ Van Olffen 2008, p. 103 e.v.

²¹ HR 29 januari 1999, JOR 1999, 86, nt. Rensen (*Campina Melkunie*), Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2001, NJ 2002, 99 (*Kuijpers/The Greenery International*).

²² Zie ook artikel 2:132 lid 3 BW. Vgl. HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 375 (*Sjardin/Sjartec*) en concl. A-G Timmerman onder 3.9 - 3.14 bij HR 16 april 2010, ARO 2010, 65 (*AHAM*).

Raaijmakers noemt de bepaling van artikel 2:134/244 BW passend bij de N.V.-rechtelijke organisatievrijheid.²³ Die vrijheid is de ultieme uitdrukking van het feit dat de vergadering van aandeelhouders gebruik makend van die vrijheid het laatste woord heeft. Het is constituerend voor de verantwoordingsrelatie van de bestuurder tot die vergadering. Het geldt eigenlijk voor alle ledenvergaderingen: in de systematiek van het ondernemingsrecht hebben zij het laatste woord, soms echter gebaseerd op de wet (Boek 2 BW), en soms – voor zover leden van een maatschap als leden kwalificeren – op contract.

Is in de voorgaande voorbeelden de principiële uitwisselbaarheid herkenbaar, ze laten ook zien dat wettelijke, statutaire en contractuele beperkingen mogelijk zijn. Op aandeelhoudersniveau in een N.V. of B.V.²⁴ geldt – zoals bekend – dat ook de *aard van het lidmaatschap* en de *aard van de ledenverhouding* beperkingen op het uitgangspunt met zich (kunnen) brengen alsook allerlei consequenties indien in strijd met die beperkingen wordt gehandeld. Die beperkingen en consequenties hebben ook betekenis voor de mogelijkheden rond opzegging.

Zo beperkt de *aard (het soort) van het lidmaatschap* zoals bijvoorbeeld besloten liggend in het bijzondere karakter van het aandeelhouderschap de mogelijkheid tot uittreding uit de rechtspersoon alsook de mogelijkheid van opzegging van de rechtsverhouding met een andere aandeelhouder omdat met de gewenste uittreding – zou opzegging met dat effect al mogelijk zijn – ook het aandeel zal moeten worden ingekocht of overgedragen en gelden (mede) om die reden beperkingen. Zoals regels rond de mogelijkheid tot inkoop die golden tot de invoering op 1 oktober 2012 van de wet vereenvoudiging en flexibilisering B.V.-recht (hierna: flex-regeling), en nog steeds gelden voor B.V.'s waarvan de statuten niet aan die regeling zijn aangepast,²⁵ en zoals regels rond verkoop en levering die met een zuiver persoonlijk lidmaatschap zoals in een vereniging niet zouden hebben gegolden.

Belangrijker beperking nog – die te maken heeft met de *aard van het lidmaatschap* en met de *aard van de (onderlinge) ledenverhouding* – is dat bij ontbreken van een contractuele relatie tussen aandeelhouders en met de vennootschap er althans wat dat betreft weinig op te zeggen is. Tenminste als opzegging aan contractuele relaties is voorbehouden. Anderzijds vergemakkelijkt de aard van het lidmaatschap de uittreding als consequentie van ‘quasi-opzegging’ doordat uittreding kan worden gerealiseerd door de verkoop van het aandeel aan de mede-aandeelhouder of aan derden. Dat zal vaak werken, maar niet als er geen gegadigden zijn en/of de gewenste prijs niet betaald wordt of kan worden. Het

²³ Raaijmakers 2000, p. 309.

²⁴ De afkortingen B.V. en N.V. worden hierna gebruikt zoals de wetgever dat doet in de artikelen 2:66 lid 2 en 177 lid 2 BW.

²⁵ Zie artikel 71 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek en hierover Cremers 2012, p. 603 e.v.

Inleiding

enorme aantal aan de Ondernemingskamer voorgelegde kwesties die specifiek gaan over geschillen in besloten verhoudingen doet tenminste vermoeden dat deze vorm van uittreding bij geschillen niet altijd de voor de hand liggende uitweg is.

Een voorbeeld van een wettelijke beperking die tegelijk met de aard van het aandeelhouderschap weer minder te maken heeft, is artikel 2:195 BW dat als voorwaarde voor de overdraagbaarheid en dus als voorwaarde voor de overdraagbaarheid van het aan het aandeel verbonden zeggenschaps- of lidmaatschapsrecht,²⁶ de daaraan voorafgaande aanbieding van het aandeel aan de mede-aandeelhouder(s) stelt. Van deze hoofdregel kan statutair worden afgeweken zowel in verlichtende als in bezwarende zin zij het dat de overdraagbaarheid van het aandeel in een B.V. volgens lid 3 van artikel 2:195 BW alleen voor een ‘bepaalde’ termijn helemaal kan worden uitgesloten.

De in de voorgaande alinea bedoelde beperkingen hebben met de aard van het lidmaatschap minder te maken, omdat waar inkoop bij het persoonlijke lidmaatschap van de vereniging ‘uit der aard’ niet aan de orde is, beperkingen in de vrijheid het lidmaatschap over te dragen aan derden bij zowel een vereniging als bij een B.V. ‘uit der aard wel’ mogelijk zijn. Alleen de vorm waarin dit laatste wordt gerealiseerd is bij een B.V. uit de aard van het lidmaatschap natuurlijk afwijkend. Bij de vereniging gaat het bij de overdracht van het lidmaatschapsrecht als vermogensrecht²⁷ dan om een soort in de plaatsstelling: een overname van het lidmaatschap met rechten en plichten, overigens niet noodzakelijkerwijs exact dezelfde rechten en plichten. Die in de plaatsstelling is niet mogelijk als het lidmaatschap persoonlijk is.²⁸

Lidmaatschap is hierdoor als het overdraagbaar is een soort huls, een vorm, maar dan een die niet leeg is: het lidmaatschap brengt rechten en verplichtingen met zich mee, al was het maar de verplichting zich conform artikel 2:8 lid 1 BW in de verhouding tot andere leden en de rechtspersoon naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid te gedragen.

De aard (het soort) van de *ledenverhouding* kan ook nog op een andere manier en in een andere richting beperkingen met zich brengen, en wel ten aanzien van de mogelijkheid tot ontslag van bestuurders (die in dit verband zoals opgemerkt een bijzondere ledenpositie hebben). Wordt een maatschap ‘omgezet’ in een B.V. dan kan daardoor de in de onderlinge verhouding tussen de aandeelhouders

²⁶ OK 28 maart 2007, ARO 2007, 67 en HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105, concl. A-G Timmerman, onder 3.9 en nt. Doorman onder 12 (*DSM*).

²⁷ Asser/Rensen 2-III* 2012/67, Clumpkens & Kooi 2012, p. 426.

²⁸ Soms brengt de aard en inhoud van de lidmaatschaps- en/of ledenverhouding met zich mee dat het strikt persoonlijk is, niet overdraagbaar en niet door schuldeisers kan worden uitgewonnen. Vgl. Van der Grinten 1972 (Toelichting Ontwerp Titel 7.13), p. 1096.

ders/'quasi-vennoten' in acht te nemen redelijkheid en billijkheid aan het nemen van bepaalde besluiten, zoals het ontslag van een bestuurder op basis van gewoon meerderheidsprincipe in de weg staan.²⁹ De aard van de ledenverhouding – een besloten verhouding (het 'intuitu personae' karakter) – brengt die bijzondere consequentie van de redelijkheid en billijkheid met zich mee.

Ook wat betreft de functie en (rechts)gevolgen van opzegging moet worden onderscheiden. Te onderkennen zijn de scheidingsmelding, de ontbinding of beëindiging, de uittreding, de uitstoting (de uitkoop), de ontzetting en de herroeping of het ontslag.

Opzegging in de zin van scheidingsmelding³⁰ wordt hier vooralsnog begrepen als de feitelijke mededeling van de wens of het voornemen een relatie te beëindigen,³¹ beschouwd nog los van eventueel er aan te verbinden rechtsgevolg. Die

²⁹ Raaijmakers 2010, p. 21 rechterkolom onderaan. HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers, AA 1997, 4 (*Lampe/Videoworks*).

³⁰ Zie voor de betekenis van de scheidingsmelding in het personen- en familierecht Hoefnagels & Van Leuven 2009, p. 46 e.v. '*De scheidingsmelding is de boodschap van de ene aan de andere echtgenoot dat hij of zij wil scheiden. De scheidingsmelding is voltooid als zij door de ander is gehoord, en hij/zij heeft laten blijken dat deze begrepen heeft dat de ander wil scheiden en deze daarop, ook emotioneel, heeft gereageerd.*' Scheidingsmelding wordt in dit boek in iets andere betekenis begrepen, zij het dat het belang van hetgeen Hoefnagels & Van Leuven schrijven ook in het ondernemingsrecht onmiskenbaar is, met name voor degenen die aan conflictbeheersing en bemiddeling willen doen. De kwaliteit van de scheidingsmelding is mede bepalend voor de acceptatie van de scheiding. Ook: Van Leuven 2010.

³¹ Zie voor de plaats van de scheidingsmelding ook bijlage 4, artikel 3, bij de gedragscode voor advocaten in het personen- en familierecht die bepaalt:

1. De advocaat overtuigt zijn cliënt van de noodzaak van een constructieve en oplossingsgerichte benadering – al dan niet door mediation – en legt in zijn opdrachtbevestiging vast dat hij steeds van die benadering uitgaat.
2. Hij werkt toe naar een nieuw en voor alle betrokkenen houdbaar evenwicht. Hij ontmoedigt een opvatting waarbij een familiezaak wordt beschouwd als een die gewonnen of verloren kan worden.
3. De advocaat laat het doen van een scheidingsmededeling aan zijn cliënt over. Hij stimuleert de cliënt om op volwassen wijze te blijven communiceren en het conflict beheersbaar te houden. De advocaat stimuleert dat partijen zaken die aan henzelf over kunnen worden gelaten zelf behartigen en dat zij gebruik maken van daarvoor geëigende voorzieningen.
4. De advocaat maakt duidelijk dat de belangen en rechten van kinderen in het licht van verantwoordelijk ouderschap – uitstijgend boven het conflict over beëindiging van de relatie – worden behandeld. Financiële belangen worden niet vermengd met andere belangen en rechten van kinderen, waaronder met name het recht op omgang.
5. De advocaat hanteert een professionele distantie, maar deëscaleert waar dat nodig is. Hij onderkent de gebruikelijke emoties, maar wakkert ze niet aan. In correspondentie vermijdt hij taalgebruik dat de wederpartij of zijn advocaat diskwalificeert of als onnodig grievend ervaren kan worden.

beëindiging zou in een B.V. door een aandeelhouder kunnen worden gerealiseerd door tijdige aankondiging met toelichting, inclusief voorstellen tot waardenprijsbepaling, van het voornemen om de door hem gehouden aandelen te verkopen, en door de opvolgende formele aanbieding aan de mede-aandeelhouder en de verkoop ervan aan die aandeelhouder of aan een derde. De aanbieding zou ook rauwelijks – zonder enige vooraankondiging – kunnen plaatsvinden. De rauwelijkse aanbieding, of de simpele mededeling door de aandeelhouder dat hij een gegadigde koper gevonden heeft, is dan een impliciete scheidingsmelding.

Andere voorbeelden van impliciet gedrag met dezelfde strekking zijn de overdracht van het belangrijkste actief van de vennootschap buiten de mede-aandeelhouder om of het beginnen van een nieuw bedrijf dat concurrerend is ten opzichte van de vennootschap. De scheidingsmelding wordt niet expliciet gedaan, maar uit alles blijkt wel dat de relatie over is. De kwaliteit van de melding, als dat zo mag worden geïnterpreteerd, is nihil. Of, anders gezegd: op de schaal van de kwaliteit van de scheidingsmelding schiet de wijzer door deze acties in het rood. Interessant is – zo zal in hoofdstuk 3, paragraaf 2 nog blijken – dat dat niet betekent dat overdracht van de onderneming in geval van duurzame ontwrichting in alle gevallen uitgesloten is. Het stelt alleen eisen aan de kwaliteit van de scheidingsmelding in alle drie genoemde betekenissen.

De beëindiging, de uittreding, de uitstoting, de ontzetting, de ontbinding en de herroeping of het ontslag zijn in principe beoogde rechtsgevolgen van de opzegging als rechtshandeling. Bijzonder is dat scheidingsmelding en opzegging – net als ieder handelen of nalaten, ook het handelen dat als zodanig zou kunnen worden geïnterpreteerd – toetsbaar zijn aan de redelijkheid en billijkheid en de betamelijkheid.³²

Uittreding is als rechtsgevolg een gevolg van opzegging *door* een lid. De uittreding (het rechtsgevolg van de eenzijdige verklaring van opzegging als rechtshandeling) vloeit voort uit de op uittreding gerichte wil van het lid. Of, en zo ja onder welke condities uittreding conform de idee van uitwisselbaarheid van het lidmaatschap door opzegging inderdaad mogelijk is wordt bepaald door het soort van het lidmaatschap (persoonlijk of via het aandeel) en door wet, statuten en contract – hoofdregel is de vrijheid van uittreding en uitwisseling.

6. De advocaat gebruikt al zijn vaardigheden om conflicten terug te brengen tot hun (juridische) kern en werkt doelgericht naar praktische oplossingen. Hij spreekt andere betrokkenen in de procedure daarop aan.

7. De advocaat zorgt dat financiële en emotionele kosten zoveel mogelijk beperkt blijven, aan beide zijden.

8. De advocaat met deze specialisatie onderhoudt, aantoonbaar, zijn kennis en vaardigheden.

³² Bijv. Rb. Zwolle 4 juni 2003, LJN: AL6202, HA ZA 00-1210 (*eiser/gedaagde*).

Opzegging *door* de rechtspersoon aan een lid in de zin van uitstoting of ontzetting van het lid druist juist in tegen de wil van het lid. De mogelijkheid van uitstoting is vanwege het onvrijwillige karakter minder goed verklaarbaar vanuit bedoelde principiële uitwisselbaarheid. Daar is meer voor nodig, zoals artikel 2:35 lid 1 en 3 BW laat zien voor de vereniging. Lid 3 van het artikel stelt – zoals al opgemerkt – als voorwaarde voor de ontzetting van een lid van de vereniging dat het lid handelt in strijd met de statuten, reglementen of besluiten van de vereniging, of de vereniging op onredelijke wijze benadeelt. Het bevestigt dat opzegging met als doel de uitstoting of ontzetting van een lid een voor de hand liggend ander karakter heeft dan de opzegging die is gericht op uittreding.

Uittreding kan tegen de wil van de rechtspersoon zijn en als rechtshandeling toetsbaar aan de normen van zorgvuldigheid, zoals de ontslagname van een bestuurder bij een vennootschap die in financiële moeilijkheden verkeert en die door die ontslagname stuurloos wordt.³³ Voorts geldt dat vanwege het onvrijwillig karakter van de ontzetting daar een deugdelijke grondslag voor zal moeten bestaan, terwijl die grondslag bij opzegging als hoofdregel juist niet vereist is.³⁴ Of dit laatste anders ligt is afhankelijk van de aard en inhoud van de betreffende rechtsverhouding en de daarin in acht te nemen maatstaven van redelijkheid en billijkheid, zo laten artikel 7A:1686 lid 1 BW maar ook de artikelen 6:2 en 248 BW zien.

Wordt uitstoting als een vorm van geformaliseerde opzegging beschouwd dan kan dat wellicht ook worden volgehouden voor de uitkoop van artikel 2:92a/201a BW. In de zin dat met de uitkoop een relatie beëindigd wordt bestaat wel een parallel. Anderzijds is de uitkoopregeling bedoeld voor holdingvennootschappen die een 100%-belang willen realiseren en vormt zij als zodanig een sluitstuk op een aandelenfusie en is zij eventueel een voorloper op een juridische fusie. Als niet bedoeld voor en niet of nauwelijks relevant bij geschillen in besloten ledenverhoudingen³⁵ wordt zij hier verder buiten beschouwing gelaten.

Weer een andere vorm van opzegging met een heel ander rechtsgevolg is de herroeping van beheers- of bestuursbevoegdheid met als uiterste verschijningsvorm de opzegging van vertrouwen in een persoon of in diens functioneren. Ze is een andere vorm omdat het niet gaat om een vorm van opzegging door of aan het lid in de traditionele zin. Ze is wel ook een vorm van opzegging die in het ondernemingsrecht belangrijk is omdat ze zo nauw samenhangt met eerder ge-

³³ OK 29 mei 2009, ARO 2009, 84 (*Triple E*), OK 6 juli 2011, ARO 2011, 110 (*DB/K3*), OK 4 oktober 2011, ARO 2011, 156 (*Solenne*).

³⁴ De Hoon 2010, p. 139. HR 3 december 1999, NJ 2000, 120, concl. A-G Hartkamp (*La-tour/De Bruijn Wijnkopers*) en HR 28 oktober 2011, RvdW 2011, 1311, concl. A-G Rank Berenschot (*gemeente de Ronde Venen/Stedin*).

³⁵ Ook Bulten 2011/1, p. 289/290.

Inleiding

memoreerde verantwoordingsfunctie en met het ‘laatste woord’ van de ledenvergadering.

Herroeping als vorm van opzegging is herkenbaar in de al aangehaalde ontslagmogelijkheid van artikel 2:244 BW maar ook in artikel 7A:1673 BW in de twee varianten van lid 2 daarvan. De eerste variant is de herroeping om gewichtige redenen van de in lid 1 bedoelde beheersbevoegdheid die in *‘bijzonder beding van de overeenkomst van maatschap’* is vastgelegd. De tweede is de eenvoudige herroeping van de beheersbevoegdheid die *‘bij latere akte’*, dus wat ruimer geformuleerd, nadien is verleend.

Een laatste variant is de opzegging die leidt tot ontbinding of beëindiging, zoals volgens artikel 7A:1683 sub 3 BW voor personenvennootschappen en volgens vaste jurisprudentie voor andere duurovereenkomsten wordt aangenomen in gevallen dat wet en overeenkomst niet voorzien in een regeling van de opzegging.

Dat wet en overeenkomst beperkingen op de hoofdregel van de uitwisselbaarheid met zich kunnen brengen geldt niet alleen voor Boek 2 BW-rechtspersonen, maar ook voor personenvennootschappen. Zo lijkt de opzegbaarheid van de maatschap zoals besloten liggend in artikel 7A:1683 sub 3 BW de uitwisselbaarheid van het lidmaatschap op het eerste gezicht te bevestigen. Toch is dit niet zo omdat het persoonsgebonden (*‘intuitu personae’*) karakter van de samenwerking – een bijzonder contractueel aspect met goederenrechtelijke consequenties – in een maatschap aan diezelfde vrije uitwisselbaarheid, zowel van de leden als van hun aandeel in de vennootschappelijke gemeenschap, in de weg staat.

Andere argumenten voor de relativering van de hoofdregel van opzegbaarheid van personenvennootschappen zijn de in de praktijk in contracten zowel bij uit-treding als uitstoting vaak voorkomende voortzettings- en verblijvingsbedingen,³⁶ andere mogelijke contractuele beperkingen en de mogelijkheid van toetsing van opzegging aan de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 7A:1686 BW³⁷ waardoor in het kader van die toetsing sprake kan zijn van zekere belangenafweging voordat de opzegging het beoogde rechtsgevolg heeft. Ook de toepasselijkheid van artikel 3:189 lid 2 BW jo de artikelen 3:178, 182 en 185 BW – waarover hoofdstuk 2, paragraaf 3.6 – op de personenvennootschap na ontbinding betekent dat de rechter bij wie verdeling aanhangig is, de betrokken belangen kan toetsen. Maar dan gaat het al om verdeling.

³⁶ Vgl. bijv. HR 12 maart 2004, OR 2004, 133 (*Bolijn/Vreijling B.V.*), HR 25 april 2008, NJ 2008, 394 (*man/vrouw*). Bedingen die onder Ontwerp Titel 7.13 niet langer nodig zouden zijn, Van Veen 2007.

³⁷ Hof ’s-Hertogenbosch 4 maart 1958, NJ 1958, 624 (*Winters/Winters*).

Hierdoor is niet vol te houden dat bij opzegging van één vennoot aan tweehonderd andere vennoten door die vennoot kan worden gepersisteerd in de ontbinding van de maatschap voor het geheel. Dat is een kwestie van toetsing – aan het contract, aan de redelijkheid en billijkheid – maar ook van belangenafweging, ook een vorm van toetsing.

Bij die toetsing zullen de ‘eigen’ belangen van alle vennoten, in gezamenlijk (collectief/meerderheid/minderheid) verband en individueel, kunnen worden gewogen en die van de vennootschap en de ermee verbonden onderneming als zodanig. Daarnaast geldt dat ontbinding als gevolg van opzegging zich niet steeds verdraagt met de meer ‘extern’ bij een personenvennootschap betrokken inkomens- en vermogensbelangen zoals die van werknemers en schuldeisers. Zou hoofdregel zijn dat niemand gedwongen kan worden een onderneming voort te zetten, dan zijn daar in geval van ontbinding wel uitzonderingen op³⁸ en vanuit de onderneming en de daarbij betrokken belangen is dat goed verdedigbaar, waarover nog hoofdstuk 2, paragraaf 3.6 e.v.

In de zin dat alle varianten van opzegging (opzegging als lid, opzegging van de vennootschap, opzegging aan een lid, etc.) inbreuk kunnen maken op de in de vorige alinea bedoelde belangen zijn de bijkomende consequenties van deze rechtshandelingen vergelijkbaar en zou ook het soort van belangenafweging vergelijkbaar kunnen zijn. Punt is alleen dat dit niet veel zegt: iedere feitelijke of rechtshandeling in het personenvennootschaps- en Boek 2 BW-rechtspersonenrecht is in principe toetsbaar aan de uitgangspunten waarmee een samenwerking werd aangegaan.

Bijzonder van opzegging is alleen dat zij naar verkeersopvattingen als rechtshandeling het rechtsgevolg van de beëindiging van een of andere relatie expliciet beoogt te bewerkstelligen. In die zin is opzegging in beginsel niet dubbelzinnig, waar ander handelen of nalaten dat in de praktijk nogal eens wel blijkt te (kunnen) zijn.

In de praktijk leidt opzegging door de voorgaande afwijkings- en toetsingsmogelijkheden vaker niet tot ontbinding, althans niet tot de ontbinding die in traditionele zin gevolgd wordt door algehele vereffening. Zou al – wellicht om dogmatische redenen – gepersisteerd moeten worden in de ontbinding, dan is directe vorming van een nieuwe maatschap tussen de overblijvende compagnons de voor de hand liggende uitweg. Wordt de opzeggende compagnon correct uitgekocht dan wordt diens belang om zich tegen deze gang van zaken te verzetten geëcarteerd. De formele hoofdregel van de ontbinding wordt hierdoor als het ware overwoekerd door de materiële uitzonderingen. De hoofdregel dwingt de opgezegde achterblijvende partij(en) op zichzelf wel om correct met het belang

³⁸ Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 1958, NJ 1958, 624 (*Winters/Winters*).

Inleiding

van de opzeggende uittredende vennoot om te gaan. Ontbinding kan altijd nog door de rechter om gewichtige reden (zie artikel 7A:1684 BW) worden uitgesproken.

Uiteraard kan het voorgaande in twee-partijenverhoudingen weer net even anders liggen. Wordt een tweepersoonsvennootschap opgezegd dan is er geen vennootschap meer.

Theoretisch beschouwd loopt de opzegging ‘aan de andere vennoten’ (lees: aan de vennootschap) van artikel 7A:1683 sub 3 BW en die aan Boek 2 BW-rechtspersoon – als zij mogelijk is – tot op zekere hoogte en in zekere zin parallel. Die opzegging is bij zowel personenvennootschappen als rechtspersonen als rechtshandeling toetsbaar aan de redelijkheid en billijkheid en (daardoor) aan de uitgangspunten waarmee zij werd aangegaan. Het rechtsgevolg – bij personenvennootschappen als hoofdregel de ontbinding, en bij rechtspersonen – als zij mogelijk is, de uittreding – is verschillend, net natuurlijk als daardoor de inzet van de opzegging. Het laat ook zien dat opzegging zonder rechtsgevolg zinledig is.

Het betekent niet dat bij personenvennootschappen en Boek 2 BW-rechtspersonen aan opzegging als scheidingsmelding (dus feitelijk beschouwd) geen (rechts)gevolgen verbonden zouden kunnen zijn. Scheidingsmelding in de expliciete variant (de opmerking ‘er mee op te houden’) kan fnuikend zijn voor het noodzakelijke vertrouwen in de samenwerking bij een partner en in de impliciete variant (het beginnen van een concurrerend bedrijf ‘om de hoek’) zondermeer onrechtmatig, met als gevolg aansprakelijkheid voor daardoor geleden schade.

Ook de rechtshandeling strekkende tot uitstoting is – zoals iedere rechtshandeling – toetsbaar aan de redelijkheid en billijkheid en de uitgangspunten van de samenwerking. Bij uitstoting wordt de zwaarte van de toetsing versterkt door de component van de onvrijwilligheid en de mogelijk met het lidmaatschap verbonden belangen. Anderzijds geldt dat ook gedrag dat tot uitstoting aanleiding geeft toetsbaar is aan de redelijkheid en billijkheid en bij gebreke van het in acht nemen van die redelijkheid en billijkheid, of op basis van zwaardere criteria, kan het zo zijn dat uitstoting gerechtvaardigd is. Dat hangt af van de wettelijke regeling – de grondslag voor uitstoting – en verder, voor zover de wet daartoe ruimte laat, ook van de inhoud van de statuten (bij rechtspersonen) en van het contract (bij personenvennootschappen). Het hangt ook af van ongeschreven recht, zoals dit boek zal laten zien, en van door het systeem geboden ruimte.

Uitstoting kan plaats vinden als gevolg van een besluit van de ledenvergadering of van het bestuur dat aan de rechtspersoon wordt toegerekend. Het is dan de rechtspersoon die ‘uitstoot’, zoals de regeling van artikel 2:35 lid 1 sub c en d BW die gericht is op opzegging of ontzetting van het lid door de vereniging. Het is ook mogelijk dat uitstoting plaats vindt als gevolg van een daarop gerichte

actie van andere leden, zoals de regeling van artikel 2:336 BW die gericht is op de uitstoting van een mede-aandeelhouder.

Soms brengt de wet beperkingen op de toetsbaarheid aan de redelijkheid en billijkheid met zich mee – zoals artikel 2:244 BW, zoals opgemerkt, ten aanzien van het ontslag van een bestuurder doet. Ontslag kan aan een bestuurder te allen tijde worden gegeven en herstel in dienstbetrekking is niet mogelijk. Met beëindiging van de functionele betrekking is het einde van de arbeidsovereenkomst gegeven.³⁹ De wijze van totstandkoming van het besluit blijft ex artikel 2:15 lid 1 sub b wel toetsbaar aan de redelijkheid en billijkheid, zoals in het geval dat in een B.V. van de afwezigheid van een aandeelhouder misbruik wordt gemaakt om een ontslagbesluit door te drukken.⁴⁰ Schadevergoeding wegens de onredelijkheid van zo'n ontslag is dan mogelijk.

Opzegging, zo blijkt uit deze inleidende beschrijving, is dus een veelzijdig fenomeen, met genuanceerde en lastig te onderscheiden betekenis en rechtsgevolgen, binnen een groot palet aan varianten die meer of minder van de opzegging in de traditionele betekenis verwijderd staan. Het geldt ook voor de scheidingsmelding en de consequenties daarvan.

Dit wordt veroorzaakt door de meerduidige betekenis van de begrippen opzegging en scheidingsmelding, door de verschillende varianten van lidmaatschap en ledenverhouding en door de zeer gevarieerde wettelijke, statutaire en contractuele context waarbinnen opzegging en scheidingsmelding een rol spelen, hetgeen wordt versterkt door de bij opzegging en scheidingsmelding betrokken belangen die zeer kunnen verschillen en wegen, waarbij ook een eventueel dreigende insolventie een rol kan spelen,⁴¹ en door de acties er omheen, zoals die tot nakoming, schadevergoeding, ontbinding, vernietiging, etc.

In die gevarieerde en gecompliceerde context, hierna nog te beschouwen tegen de achtergrond van de samenhang tussen open norm, belang en actie – die in het navolgende nog uitgebreid wordt beschreven – is wel een zekere, eerste, relatie tussen het persoonsgebonden karakter van besloten verhoudingen en de mogelijkheid en rechtsgevolgen van opzegging te ontwaren. Het gaat dan om de horizontale relatie tussen de vennoten, tussen aandeelhouders of tussen leden: de ledenverhouding. Daarover gaat de volgende paragraaf.

³⁹ Als die er is, zie artikel 2:132 lid 3 BW. HR 15 april 2005, NJ 2005, 483, concl. A-G Timmerman (*Ciris/Bartelink*) en HR 15 april 2005, NJ 2005, 484, concl. A-G Timmerman (*Eggenhuizen/Unidek Volumebouw*).

⁴⁰ HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 375 (*Sjardin/Sjartec*). Schrage 2012, p. 63 e.v.

⁴¹ Van der Sangen 2012/1, p. 65. Zie duidelijk Hof Amsterdam 3 juli 2012, JOR 2012, 283, nt. Van Thiel (*Van den Boogert/Wanders Coatings*).

4. Persoonsgebonden karakter

De mogelijkheid van opzegging van een personenvennootschap als bedoeld in artikel 7A:1683 lid 3 BW is van oudsher gekoppeld aan het persoonsgebonden karakter en dan met name aan het verschijnsel dat samenwerking in die horizontale relatie iets is wat de betrokken personen ‘intrinsiek’ moeten willen. Samenwerking en de ‘affectio’ daarbinnen zijn in wezen – net als in een huwelijk – niet afdwingbaar. Dat is een uitgangspunt dat de Romeinen al erkenden en in de regeling van de ‘actio pro socio’ zichtbaar was.⁴² Het laat zien hoe cruciaal de betekenis van de scheidingsmelding kan zijn.

Dit persoonsgebonden karakter⁴³ – de ‘affectio’ – is vaak ook herkenbaar in de relatie tussen leden van Boek 2 BW-rechtspersonen, zoals wel bij verenigingen en besloten coöperaties,⁴⁴ maar vooral bij B.V.’s, waarvan in de praktijk in het geval van besloten ledenverhoudingen zoals bekend veelvuldig gebruik wordt gemaakt, al dan niet in combinatie met statutaire regelingen en aandeelhouders-overeenkomsten.

Te denken valt aan het familiebedrijf, de bakkerij-B.V. ‘om de hoek’, de joint venture, de besloten coöperatie, en de N.V. waarin de advocatenmaatschap werd ‘omgezet’, allemaal verhoudingen waarin de persoon van de ander en diens kwaliteiten er toe doen.

Echter alleen bij personenvennootschappen heeft – met de inleidende kanttekeningen die daarbij hierboven al zijn gemaakt – het komen te ontbreken van de ‘affectio’ van oudsher ook rechtsgevolg in de zin dat alleen daar de opzegging naar de wettelijke hoofdregel ook wordt gevolgd door de ontbinding van de maatschap. Dat is een Romeinsrechtelijk uitgangspunt.⁴⁵ Een hoofdregel die vanwege diezelfde kanttekeningen – zoals al opgemerkt – naar de huidige verhoudingen wordt overwoekerd door de uitzonderingen, behalve in twee-partijen verhoudingen, hetgeen overigens nog niet hoeft te betekenen dat de onderneming dan ook verdeeld of geliquideerd wordt.

Wat hierdoor van opzegging over de breedte beschouwd bij personenvennootschappen en Boek 2 BW-rechtspersonen ook door het deels dwingend wettelijke kader lijkt over te blijven is een fenomeen waarmee in die relaties kan worden duidelijk gemaakt dat aan de ‘affectio’ – aan het persoonsgebonden karakter, althans wat betreft degene die de mededeling doet – een einde is gekomen. Op-

⁴² Kaser & Wubbe 1971, p. 218, Punt 2010, p. 136, Raaijmakers 2013, p. 9 en de door hem daar aangehaalde literatuur.

⁴³ OK 12 december 2002, ARO 2003, 4 (*Ed Ros & Wanink B.V.*), r.o. 3.3. Van der Sangen 2008, p. 5 e.v., Zaman 2008, p. 28, Grapperhaus 2001, p. 41.

⁴⁴ Van der Sangen 2012/2, p. 440/441.

⁴⁵ Maeijer 1981, p. 223: ‘*Nulla societatis in aeternum coito est.*’

zegging is daarmee als het ware ‘uitgekleed’ tot een melding met een heleboel mogelijke (rechts)gevolgen,⁴⁶ behalve – of in de minderheid van de gevallen – de directe ontbinding gevolgd door gehele liquidatie.

Daardoor rijst de – in dit boek centraal staande – boeiende vraag of als opzegging gelijk staat aan een melding die beoogt duidelijk te maken dat tenminste aan één zijde de ‘affectio’ is komen te ontbreken, welke (rechts)gevolgen daaraan dan kunnen en mogen worden verbonden en of ook in die consequenties over de breedte van het ondernemingsrecht een gemene deler valt te ontdekken.

Illustratief voor deze vraag is de opzeggingsregeling van het op 5 september 2011 ingetrokken wetsvoorstel 31 065 inzake Titel 7.13 BW (hierna: Ontwerp Titel 7.13 BW of kortweg Ow 7.13 BW).⁴⁷ Die regeling had bij opzegging *als hoofdregel* niet de ontbinding van de gehele vennootschap tot gevolg, maar slechts de relatie tussen de opzeggende vennoot en de vennootschap (die dus werd voortgezet, zie artikel 7:818 lid 1 sub d Ow 7.13 BW). In zekere zin moderniseerde Ontwerp Titel 7.13 BW daarmee de huidige regeling van artikel 7A:1683 sub 3 BW. In het voorstel werd rekening gehouden met een in de meeste gevallen toch al bestaande praktijk, met een zeker ‘eigen’ belang van de vennootschap bij voortzetting⁴⁸ en het belang daarbij van de vennoten,⁴⁹ aspecten die in de huidige regeling letterlijk beschouwd niet tot uitdrukking komen anders dan door de toetsingsmogelijkheid aan de redelijkheid en billijkheid (artikel 7A:1686 lid 1 BW).

⁴⁶ Met de inwerkingtreding van de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding per 1 maart 2009 kunnen ouders en advocaten er niet meer om heen dat voorafgaand aan de procedure tot het uiterste pogingen ondernomen moeten worden om te komen tot afspraken over de kinderen. Gezamenlijk gezag dwingt ouders ertoe dat de ene ouder het contact met de andere ouder bevordert en dat de andere ouder contact heeft met het kind. Een ouderschapsplan dient dan als een richtlijn om in de toekomst conflicten op voorhand te voorkomen. Door ouders te verplichten een ouderschapsplan in te dienen, wordt beoogd tot goede afspraken te komen en conflicten in de toekomst te voorkomen. Ouders zullen daarbij in staat zijn goede afspraken als ouders te maken (en niet als uit elkaar gaande partners) als zij afscheid van elkaar als partners kunnen nemen en de scheiding aanvaarden: dan kan het rouw- en acceptatieproces worden ingezet. Vgl. Chin-A-Fat 2006, p. 100-114 en 2009, p. 217-222. Uit onderzoek van Hoefnagels is gebleken dat de zogenaamde scheidingsmelding, het spiegelbeeld van het huwelijksaanzoek, hiervoor essentieel is. Wanneer echtgenoten als partners uit elkaar gaan, blijven zij ouders en op die manier aan elkaar verbonden. Hier ligt een bijzondere taak voor advocaten en mediators om de ouders te helpen om een goed ‘nahuwelijk’ op te bouwen ten behoeve van hun kinderen. De term ‘nahuwelijk’ werd in 2008 geïntroduceerd door Djoek Veeninga (D. Veeninga, *Het nahuwelijk*, Uitgeverij Augustus, 2008).

⁴⁷ Maeijer 1973, p. 426, hierover Van Veen 2012, p. 34 e.v.

⁴⁸ Rijken 1994, p. 12, Tervoort 2007, Van Veen 2008.

⁴⁹ Asser-Maeijer 5-V, p. 82/83.

Scheidingsmelding in de vorm van opzegging door één van de vennoten zou volgens Ontwerp Titel 7.13 BW dus niet meer als hoofdregel de ontbinding van het geheel tot gevolg hebben gehad. Het komen te ontbreken van voldoende ‘affectio’ bij één van de compagnons zou dan *als hoofdregel* geen gevolgen hebben voor de anderen anders dan met de uittredende compagnon te moeten afrekenen.⁵⁰ Dat het uitgangspunt van het voorstel de voortzetting door de achterblijvers was, zou ook in het belang van de uittreder zelf zijn geweest omdat het feit dat de vennootschap wordt gecontinueerd kan betekenen dat de aan de uittreder te vergoeden waarde voor zijn in de vennootschap achterblijvend aandeel daadwerkelijk ook kan worden uitgekeerd (zie artikel 7:821 lid 1 en 2 Ow 7.13 BW). Er bestaat met de voortzetting immers ook verdien capaciteit besloten liggend in de vennootschap en de daardoor voortgezette onderneming.

Het voorbeeld laat zien dat opzegging bij persoonsgebonden samenwerking bijzondere rechtsgevolgen kan hebben, ook andere dan gehele ontbinding en/of vereffening en dat de scheidingsmelding ook in de variant van Ontwerp Titel 7.13 BW kan uitmonden in belangenafweging, maar dan een waarop de wetsontwerper in het ingetrokken Ontwerp alvast een voorschot had genomen.⁵¹

Naar aanleiding van deze twee varianten – die van artikel 7A:1683 lid 3 BW en van artikel 7:821 lid 1 en 2 Ow 7.13 BW – en de erbij te plaatsen kanttekeningen – in het bijzonder wat betreft de bepaald niet eenduidige betekenis van het fenomeen opzegging – en naar aanleiding van de van oudsher principiële relatie tussen ‘affectio’ en de mogelijkheid van beëindiging van de relatie waarin de ‘affectio’ is komen te ontbreken, mede in aanmerking genomen dat niemand gedwongen zou moeten kunnen worden of kan worden ofwel de samenwerking, ofwel een onderneming voort te zetten, dan wel aan een rechtspersoon verbonden te blijven, rijst meer algemeen de vraag wat de her- en erkenning van het persoonsgebonden of besloten karakter van een ledenverhouding binnen een personenvennootschap of Boek 2 BW-rechtspersoon betekent voor de mogelijkheid van opzegging in de horizontale relatie, de ermee (mogelijk) verbonden (rechts)gevolgen en de betrokken belangenafweging.

Een vraag die zich in dit boek uitstrekt over de hele breedte van het ondernemingsrecht – personenvennootschap, ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’, flex-B.V. en besloten coöperatie. En dan in het bijzonder over gevallen waarin de beëindiging van de ledenverhouding juist niet kan worden gerealiseerd door de overdracht van het aandeel of lidmaatschap, dan wel door simpele uittreding of door

⁵⁰ Van Veen 20007.

⁵¹ Vgl. Bulten 2011/1, p. 83 die daar aangeeft dat de regeling van artikel 820 lid 1 Ow. 7.13 BW lijkt op uitstoting of uittreding. Een dergelijk voorschot ligt in de flex-regeling besloten in de combinatie van de artikelen 2:192 lid 1 en 192a BW waarover kritisch Schwarz 2012 alsook paragraaf 5 hierna.

inkoop. Dus juist niet door eenvoudige ‘exit’, wat ‘eenvoudig’ in dit verband ook moge betekenen.

Gesteld verder, geredeneerd vanuit het ingetrokken Ontwerp Titel 7.13 BW en vanuit de denklijnen van Raaijmakers hierover, dat personenvennootschappen mede door het te onderkennen ‘eigen’ belang van zo’n vennootschap zouden kwalificeren als rechtspersonen en dat net als in het ingetrokken Ontwerp Titel 7.13 BW daarop artikel 2:5 BW van toepassing zou zijn, dan moeten (de mogelijkheid van) opzegging en de daarbij te plaatsen kanttekeningen en mogelijk verbonden (rechts)gevolgen zich op een of andere manier verdragen met zowel de rechtspersoonlijkheid, als met het besloten karakter van de ledenverhouding.

Dit zou te meer gelden als die personenvennootschap-rechtspersonen als onderdeel van één Wetboek Ondernemingsrecht⁵² gezamenlijk geregeld zouden worden met de andere Boek 2 BW-rechtspersonen, waar persoonsgebondenheid dus juist niet uitgangspunt is, maar daarin wel degelijk – zoals gezien – op verschillende manieren tot uitdrukking kan komen. Bovendien dient rekening te worden gehouden met het dwingende karakter van die Boek 2 BW-regeling.

Het zijn kanttekeningen die belangrijke betekenis hebben als het gaat om het vinden en ontwerpen van één regeling voor de afdoening van geschillen in besloten ledenverhoudingen over de breedte van het ondernemingsrecht.

Maar belangrijk in deze benadering is tegelijk ook – mede vanwege dat dwingende karakter – te beseffen dat het persoonsgebonden karakter van samenwerking in Boek 2 BW-rechtspersonen niet alleen expliciet in wettelijke en statutaire regelingen of door contracten tot uitdrukking kan komen, maar ook door open normen zoals door de gedragseisen van redelijkheid en billijkheid als opgenomen in artikel 2:8 lid 1 BW dat in de wet en statuten aanvullende zin bepaalt:

‘De rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.’

Zo kan uit artikel 2:8 lid 1 BW voortvloeien dat meerderheidsaandeelhouders zich bij de bepaling van hun gedrag ten opzichte van minderheidsaandeelhouders – dus ook bij conflicten of bij ontwrichting – mede moeten laten leiden door de familieachtergrond van hun verhouding met die minderheidsaandeel-

⁵² Raaijmakers 2009/1, 2, en 2012, p. 116.

Inleiding

houders – een typisch besloten verhouding,⁵³ of door het joint venture of coöperatieve karakter, etc.⁵⁴ Het omgekeerde kan overigens ook gelden.⁵⁵

Het kan betekenen dat open normen, zoals de gedragseisen van redelijkheid en billijkheid, ook betekenis hebben in relatie tot de opzegging – zoals zij alle gedrag – handelen of nalaten – binnen de rechtspersoon normeren. En dus zowel ten aanzien van de opzegging zelf, als ten aanzien van de manier waarop er op wordt gereageerd.

Uitdrukking van het persoonsgebonden karakter kan ook plaats vinden via open begrippen. Zoals via het begrip ‘bestuur’ dat – ofschoon de norm van artikel 2:9 BW:

‘Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak.’

volgens artikel 2:129 lid 5 BW voor de N.V. en 2:239 lid 5 BW voor de B.V. steeds is gericht op het belang van de vennootschap⁵⁶ – in besloten verhoudingen een andere betekenis kan hebben dan in open verhoudingen doordat in besloten verhoudingen het persoonsgebonden karakter en de persoonlijke doelstellingen de taakopdracht aan en dus de autonomie van het bestuur kunnen beperken.

Dat is een kwestie van uitleg van wat ‘bestuur’ inhoudt. Als bijvoorbeeld een 50% aandeelhouder in een besloten verhouding het vertrouwen in een bestuurder opzegt, zou dat – ook al is dus niet sprake van een meerderheidsbesluit – afhankelijk van die uitleg als zo’n wezenlijke aantasting van het bestuursmandaat kunnen worden beschouwd dat de bestuurder niet anders kan dan ofwel zijn taak neerleggen, ofwel de uitoefening er van op een laag pitje zetten, in het laatste geval in de positie van een soort zaakwaarnemer zorgvuldigheid betrachtend ten aanzien van alle betrokken belangen en daarover alle openheid betrachtend – ‘ex ante’ en ‘ex post’.

Het laat zien dat scheidingsmelding en opzegging – die al geen eenduidige fenomenen zijn – een rol spelen in een context die enerzijds een sterk dwingend karakter heeft maar anderzijds ook sterk door open normen en begrippen wordt

⁵³ Van der Sangen 2008, p. 1 e.v., vgl. bijvoorbeeld HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79 (*Zwagerman*) en OK 6 mei 2008, ARO 2008, 88 (*Wilmont*), en de uitgebreide hierna nog aangehaalde OK-jurisprudentie.

⁵⁴ Raaijmakers & Van der Sangen 2011, p. 90 e.v.

⁵⁵ OK 29 mei 2009, ARO 2009, 84 (*Triple E*).

⁵⁶ Vgl. Bulten 2011/1, p. 65-68 in kader wettelijke geschillenregeling en schaden ‘belang’ van de vennootschap.

bepaald, en ook nog eens een rol spelen in een context die soms meer of minder besloten is en soms juist helemaal niet.

Bijzonder enerzijds van die open normen en open begrippen is dat ze aan rechtspersonen spankracht verlenen, ze flexibel maken, flexibeler nog dan rechtspersonen krachtens de eigen wettelijke, statutaire en contractuele regelingen – inclusief die conform de flex-regeling – al zijn.⁵⁷ Ze kunnen anderzijds soms ook voor rechtsonzekerheid zorgen.

Flexibiliteit kan verder bestaan doordat de wetgever bepaalde zaken niet regelt waardoor dan sprake is van de eerder aangehaalde ‘systeemruimte’ of – wat negatiever geformuleerd – een lacune. Zo is de wetgever niet erg expliciet over hoe aandeelhouders en hoe bestuurders of commissarissen zich bij (dreigende) impasses ten opzichte van elkaar dienen te gedragen. De wet geeft een aantal regels over de bijeenroeping van een vergadering van aandeelhouders, maar bijvoorbeeld niet de verplichting voor degene die de vergadering uitroept zich te vergewissen of de oproepingsbrief de geadresseerde wel heeft bereikt. Dat moet – zou daarbij belang bestaan – dan in de statuten of een aandeelhoudersovereenkomst worden geregeld. Gebeurt dat niet dan worden vragen rond gebreken in de oproeping door de rechter opgelost door te verwijzen naar de open – en dus impliciete – normen van artikel 2:8 lid 1 jo 15 lid 1 sub b BW.

Ook de mogelijkheid tot opzegging en de consequenties daarvan zijn niet geregeld. Wel bestaan zoals bekend de mogelijkheden van de gedwongen uitstoting van artikel 2:336 BW en van de uittreding van artikel 2:343 BW.

Tegelijk kan aan artikel 2:8 lid 1 BW en andere open normen en aan open begrippen geen inhoud worden gegeven als geen begrip bestaat voor de systematiek van het ondernemingsrecht. En ook niet als geen beeld bestaat van de plaats van het ondernemingsrecht binnen het grotere geheel van het vermogensrecht. Hetzelfde geldt voor de mogelijke plaats en betekenis van opzegging dat als letterlijk begrip ‘opzegging’ in de horizontale relatie tussen leden in de wet – een dwingend systeem – in ieder geval niet voorkomt.

5. Vraagstelling

Rechtspersonen zijn door de geschetste flexibiliteit geschikt voor allerlei ‘gebruik’ en voor de incorporatie van en/of combinatie met allerlei rechtsverhoudingen, ook met een persoonsgebonden karakter. Daardoor ook kunnen zeer verschillende en verschillend geaarde belangen betrokken zijn.

⁵⁷ Engelaar 2012, p. 409/410 over de coöperatie.

De praktijk laat zeer uiteenlopend gebruik van personenvennootschappen en Boek 2-rechtspersonen ook zien. Maar ook de behoefte te kunnen opzeggen en aan conflictbeheersing te doen bestaat in uiteenlopende rechtsverhoudingen, waarvan sommige heel dicht aanliggen tegen het huwelijk – per slot van rekening net als de maatschap een benoemde gemeenschap waarin net als bij de maatschap het ‘intuitu personae’ karakter van de relatie op de voorgrond staat.

Opzegging sorteert om allerlei redenen alleen lang niet altijd (het gewenste) effect. En moet dat ook om allerlei redenen lang niet altijd doen.

Interessant aan de vergelijking met het huwelijk is dat het personen- en familerecht allerlei varianten van conflictbeheersing kent zoals de ‘collaborative divorce’ (overlegscheiding).⁵⁸ Bij overlegscheiding wordt in aanmerking genomen de gedragscode voor advocaten in het personen- en familierecht⁵⁹ door alle betrokkenen een overeenkomst gesloten om in geval van geschillen juist niet – althans niet onder bijstand van dezelfde adviseurs – te gaan procederen, maar in overleg en onder bijstand van professionals tot ‘de beste’ oplossing te komen. Voor dit soort van varianten bestaat in de praktijk van het ondernemingsrecht tot op heden minder aandacht.

⁵⁸ Van Leuven & Chin-A-Fat 2006, Zonnenberg 2008, Chin-A-Fat 2010, Kamminga & Vlaardingerbroek 2012. Vgl. www.collaborativedivore.nl. Een citaat van de website: ‘Komt overlegscheiding in plaats van mediation?’

Het antwoord is ‘nee’. Overlegscheiding is een wijze van conflictoplossing die tussen mediation en procederen in zit. Alle voordelen die voor mediation kunnen worden genoemd, gelden ook voor een overlegscheiding. Alleen, soms is mediation niet mogelijk. Vooral als er geen evenwicht bestaat tussen de betrokken partners in kennis, emoties en macht is overlegscheiding de aangewezen weg om een procedure op het scherpst van de snede te vermijden.

De cliënten en hun advocaten vormen het basisteam. Het proces is open en transparant, en de partners leggen alle essentiële informatie op tafel. De advocaten behartigen primair het belang van hun cliënt en zien erop toe dat de overlegscheiding aan beide kanten eerlijk en constructief verloopt.

De advocaten zijn begeleiders van de onderhandelingen tussen partijen. De echtscheiding verloopt hierdoor op een respectvolle en integere wijze; alle betrokkenen hebben immers vooraf afgesproken zich tot het uiterste in te spannen om dit proces tot een goed einde te brengen. De advocaten coachen de cliënten hierbij en staan in de overlegscheiding naast hen waardoor zij zich beschermd voelen.

Alle betrokkenen tekenen een deelnemingsovereenkomst waarin zij deze afspraken vastleggen. De partners kunnen ook deskundigen inschakelen. In de regel wordt een deskundige door beide partners aangewezen, waardoor een vaak onnodig complicerende battle of experts wordt voorkomen.’

Zie ook Klaassen 2010/2, p. 133 e.v., die wijst op negatieve reacties in interviews op de idee van alternatieve geschillenbeslechting.

⁵⁹ Zie Asser in Asser & Vranken 1999 over de idee van gemeenschappelijke verantwoordelijkheid voor de procedure en over de comparitie, p. 22 e.v.

Het personen- en familierecht kent ook eigen consequenties verbonden aan ‘opzegging’ bij duurzame ontwrichting. Soms zijn de echtelieden daarbij tot één onderneming betrokken, als vennoot, aandeelhouder en/of bestuurder dan wel als werknemer, waardoor sprake is van samenloop van familie- en ondernemingsrecht⁶⁰ (en arbeidsrecht en pensioenrecht), in heel verschillende juridische benaderingen, hetgeen het proces van uiteengaan compliceert en overlegscijding een te overwegen variant maakt.

Gaat het om het voorkomen van dit soort complicaties, dus om anticiperende conflictbeheering, dan is natuurlijk uiterst relevant dat de flex-regeling eigen mogelijkheden kent zoals die van artikel 2:192 lid 1 BW tot het opnemen van aan het lidmaatschap verbonden verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard tussen aandeelhouders, aandeelhouders en de vennootschap en tussen aandeelhouders en derden, en dus ook van geschillenregelingen houdende die verplichtingen.⁶¹ Of de mogelijkheden van het verbinden van eisen aan het aandeelhouderschap en van het bepalen dat de aandeelhouder in gevallen, in de statuten omschreven, gehouden is zijn aandelen of een deel daarvan aan te bieden of over te dragen, welke verplichtingen of eisen, zo bepaalt het vervolg van lid 1, overigens niet, ook niet onder voorwaarde of tijdsbepaling, tegen de wil van de aandeelhouder kunnen worden opgelegd.⁶²

Of zoals in artikel 2:337 lid 2 BW dat bepaalt dat in de statuten of een overeenkomst kan worden opgenomen dat geschillen als bedoeld in de wettelijke geschillenregeling dadelijk ter kennis worden gebracht van de Ondernemingskamer of aan arbitrage worden onderworpen, dan wel anderszins wordt afgeweken van de rechterlijke bevoegdheid als geregeld in artikel 2:336 leden 3 en 5 BW.⁶³ In het bijzonder moet natuurlijk ook worden gewezen op de regeling van artikel 2:343c BW dat een vereenvoudigde mogelijkheid kent van beroep op de rechter als overeenstemming bestaat dat een aandeelhouder zijn aandelen zal overdragen.

Allemaal aanknopingspunten voor het treffen van regelingen die zowel persoonlijk als zakelijk, met – in het gegeven voorbeeld – de belangen van echtelieden, de flex-B.V. en de daardoor gedreven onderneming, al dan niet in combinatie met huwelijkse voorwaarden, rekening kunnen houden.

⁶⁰ Vgl. bijv. HR 25 april 2008, NJ 2008, 394 (*man/vrouw*), OK 5 maart 2008, ARO 2008, 53 (*Kalf Beheer*).

⁶¹ Zie over het verschil tussen statutaire eisen en verbintenissen Van Veen 2010, p. 613 e.v. Verder Raaijmakers & Van der Sangen 2011, p. 96, Schwarz 2012, p. 52 e.v.

⁶² Rensen 2005/2, Dortmund 2008, p. 47 e.v., Zaman & en Groenland 2009, p. 173/174, Steins Bisschop 2010, p. 51 e.v., De Vries 2012, p. 101, Bosse 2012, p. 10 -12, Schwarz 2012, p. 52 e.v.

⁶³ Raaijmakers & Van der Sangen 2011, p. 93 e.v.

Inleiding

Heel verschillende belangen kunnen dus op heel verschillende manieren met de Boek 2 BW-rechtspersoon of personenvennootschap en de daardoor gedreven onderneming zijn verbonden en daarin op heel verschillende manieren tot uitdrukking komen. Dit is een open deur.

Lastiger is dat daar ‘ergens’ ook het belang speelt (aan) die rechtspersoon of die rechtsverhoudingen te kunnen opzeggen (beëindigen, uittreden of uitstoten?) en dat daar ‘ergens’ de mogelijkheid speelt door het instellen van aan open normen gekoppelde acties voor daarbij betrokken belangen op te komen. Of tegen de manier waarop op de opzegging (het voornemen te beëindigen, uit te treden of uit te stoten) wordt gereageerd. Of – in een flex-B.V. – tegen een statutenwijziging die verplichtingen creëert of eisen stelt als bedoeld in artikel 2:192 lid 1 BW waarmee de minderheidsaandeelhouder (de vrouw?) niet instemt maar die voorzienbaar negatieve consequenties zal gaan hebben voor de bij eventuele overdracht van de ‘minderheids’-aandelen aan mede-aandeelhouders of aan derden te realiseren prijs.

Niet kan in dit soort gevallen worden verwacht dat de regeling van artikel 2:192a BW steeds een adequate oplossing biedt.⁶⁴ Het artikel bepaalt in lid 1:

‘Indien een aandeelhouder, die niet gebonden is aan een statutaire verplichting of eis als bedoeld in artikel 192 lid 1, zijn aandelen wil vervreemden, maar overdracht van de aandelen in verband met de gebondenheid van de verkrijger aan die verplichting of eis onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is, kan hij de vennootschap verzoeken om gegadigden aan te wijzen aan wie hij al zijn aandelen zal kunnen overdragen volgens een regeling in de statuten. Op deze regeling is artikel 192 lid 3 van overeenkomstige toepassing. Indien de vennootschap niet binnen drie maanden na het verzoek gegadigden heeft aangewezen, kan de aandeelhouder binnen zes maanden na het verstrijken van deze termijn zijn aandelen aan een ander overdragen en is de verkrijger van de aandelen niet gebonden aan de statutaire verplichting of eis.’

Als het artikel net als artikel 7:821 lid 1 en 2 Ow 7.13 BW gezien kan worden als denken in termen van belangenafweging, maar dan een waarop de wetgever alvast een voorschot heeft genomen dan is niet in alle gevallen te verwachten dat de regeling ook adequaat is. Dat zit hem alleen al in het tijdsverloop van de in artikel 2:192a lid 1 BW genoemde periodes van drie en zes maanden en het tijdsbeslag dat zo’n proces van aanbieden en verkopen met name in geschil-situaties in de praktijk pleegt te doen.

⁶⁴ Zie over de nieuwe regeling terecht kritisch Schwarz 2012, p. 52-59.

Belangrijk is verder dat het artikel restrictieve criteria hanteert (*'onmogelijk of uiterst bezwaarlijk'*) en het evident is dat daarover in de praktijk nog de nodige discussies zullen volgen. Schwarz in zijn kritiek in TvOB⁶⁵ volgend zou de bescherming van de minderheidsaandeelhouder gelegen kunnen (moeten?) zijn in een uittreedyrecht op het moment van het doorvoeren van statutenwijziging onder toepassing van een aan de redelijkheid en billijkheid ontleende toets – met bewijslast voor de aandeelhouders die de wijziging voorstaan – inhoudende dat met de wijziging van de statuten, te beschouwen tegen het perspectief van de onderlinge rechtsverhouding en de omstandigheden van het geval, van de minderheidsaandeelhouder kan worden verlangd dat voorzienbaar negatieve consequenties van de wijziging voor diens rekening blijven.

Een ander voorbeeld uit ander perspectief: A. zegt als compagnon de V.O.F. op. Er ontstaat een geschil over de afrekening van de waarde van zijn in de vennootschap achterblijvend aandeel en over de al dan niet mee te nemen klanten, onder meer tot uitdrukking komend in de hoogte van de te verrekenen goodwill. De opzegtermijn wordt te kort geacht door de achterblijvende compagnons en gedurende de opzegtermijn geeft A. geen inzicht in de klanten die door hem benaderd worden, op welke wijze dat gebeurt en wie hij eventueel voornemens is te blijven bedienen. Duidelijk is dat ook de klanten zelf niet aan een lijntje te houden zijn. Opzegging, toetsing van opzegging, rechtsgevolgen te verbinden aan opzegging, de houding voor en na opzegging – van beide zijden, vorderingen tot nakoming en schadevergoeding, vorderingen tot het verlenen van inzage en medewerking, c.q. om zich van bepaald gedrag te onthouden, spelen door elkaar heen, zijn althans in zekere zin met elkaar verweven.

Deze problematiek is wezenlijk niet anders dan als een aandeelhouder aan de andere aandeelhouders in een flex-B.V. zou opzeggen – zou opzegging in die B.V. tot de statutair geregelde mogelijkheden behoren. Daar komt dan bij de bijzondere problematiek van de flex-regeling, in het bijzonder de boven geschetste problematiek van artikel 2:192 en 192 a lid 1 BW en de vraag hoe om te gaan met de consequenties van bezwarende statutaire regelingen die de minderheidsaandeelhouder min of meer opgedrongen krijgt en die, voorzienbaar of niet, effect hebben op diens mogelijkheden tot uittreding, althans de mogelijkheid om bij uittreding een reële prijs voor zijn aandelen te ontvangen.⁶⁶

Feiten – de omstandigheden van het geval – kunnen daarbij heel gemakkelijk het dossier van de behandelende advocaat of het dossier zoals dat aan de rechter wordt voorgelegd de ene of de andere kant doen opkantelen.

⁶⁵ Schwarz 2012, p. 52-59.

⁶⁶ Schwarz 2012, p. 53/54.

Inleiding

In dit type van geschillen kan blijken dat de betrokken belangen zondermeer door wettelijke, statutaire en/of contractuele regelingen, waaronder geschillen- en opzeggingsregelingen (uittredings- en uitstotingsregelingen), worden beschermd – als het ware geobjectiveerd zijn – en daarvoor door expliciet geformuleerde acties kan worden opgekomen en voorts dat die regelingen en acties ook adequaat zijn. Het betekent in deze gevallen dat de rechtsposities duidelijk zijn.

Ook mogelijk is – dat laten de voorbeelden zien – dat voordat een actie daadwerkelijk bescherming verleent, dus voordat voor een bepaald belang met succes kan worden opgekomen de nodige interpretatie en uitleg nodig is, vooral als de betrokken normen – doordat ze ‘open’ zijn of ‘open begrippen’ gebruiken (zoals de norm van de redelijkheid en billijkheid of het criterium ‘*onmogelijk of uiterst bezwaarlijk*’) – minder duidelijk zijn, bijvoorbeeld ook omdat regelingen verouderd zijn.

Belang en actie hebben bij geschillen in deze gevallen een relatie die voor interpretatie en uitleg vatbaar is – aan twee kanten, aan de ene kant de inhoud/betekenis van het ‘belang’ en aan de ander kant de inhoud/functie van de ‘actie’ gekoppeld aan de open norm – die qua inhoud en strekking geïnterpreteerd en vastgesteld moet worden.⁶⁷

Zo komt de term ‘goodwill’ of goodwillvergoeding in Titel 9 van Boek 7A BW en ook in Ontwerp Titel 7.13 BW niet voor. Evenmin is expliciet geregeld via welke actie(s) tegen het ‘afpikken’ van klanten door de vertrekkende vennoot kan worden opgekomen. Recht moet dan binnen de kaders van het systeem (contract: nakoming/schadevergoeding, aard van het contract: beroep/bedrijf, afhankelijkheid, redelijkheid en billijkheid) via de uitleg van open normen en begrippen worden ‘gevonden’ waarbij belangenafweging een rol kan spelen.⁶⁸ Betekenis kan in die afweging hebben dat goodwillvergoeding of een te hoge goodwillvergoeding, c.q. het al dan niet mee kunnen nemen van klanten continuïteitsbedreigend kan zijn voor zowel uittreder als achterblijver.

Een dergelijke voor interpretatie en afweging vatbare relatie kan ook bestaan doordat systeemruimte of lacunes in wettelijke, statutaire, contractuele of andere regelingen daarvoor ruimte laten. In gevallen dus dat die regelingen onderwerpen juist niet regelen en juist niet via open normen en begrippen *binnen* die regelingen tot uitleg kan worden gekomen, maar op voorhand toch niet vast staat dat voor bepaald rechtsgevolg geen grondslag bestaat.

⁶⁷ Wiarda 1999, p. 107, Drilmsma 1975, p. 72.

⁶⁸ Vgl. OK 21 januari 2002, ARO 2002, 19 (*HBG*), r.o. 3.56 ten eerste, en HR 21 februari 2003, NJ 2003, 182 (*HBG*).

Als bijvoorbeeld de onderwerpen goodwillvergoeding en concurrentie in het contract zelf niet geregeld zijn, komt het antwoord op de vraag naar mogelijke acties van buiten het contract – van buiten dat ‘micro-systeem’ – uit algemene beginselen van contractenrecht (redelijkheid en billijkheid) en uit bijzondere aspecten van personenvennootschapsrecht (goede trouw⁶⁹ (‘uberrimae fidei’, i.e. in versterkte mate),⁷⁰ beroeps- en bedrijfsmatige afhankelijkheid voor inkomen en vermogen) als onderdeel van het contractenrecht, rekening houdend, zie artikel 3:12 BW, met de persoonlijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn.

Een ander voorbeeld is de vraag naar de betekenis en rechtsgevolgen van opzegging – die soms zoals in paragraaf 3 gezien wel – zoals bij personenvennootschappen en de vereniging –, soms niet expliciet zijn geregeld. Of soms op andere wijze dan in traditionele vorm – zoals in het geval van de wettelijke geschillenregeling waarin het gaat om gedwongen uitstoting of gedwongen overname – tot uitdrukking komt. Of soms gelet op de aard van het lidmaatschap, de principieel niet-contractuele aard van de ledenverhouding en de dwingend wettelijke Boek 2 BW systematiek en de daaruit voortvloeiende beperkingen helemaal niet mogelijk lijkt.

⁶⁹ In het navolgende wordt er conform vaste rechtspraak vanuit gegaan dat de begrippen goede trouw en redelijkheid en billijkheid in verbintenisrechtelijke zin dezelfde betekenis hebben. Rijken, 1994, p. 1 e.v. Goede trouw wordt in het ‘nieuwe’ BW gebruikt in de geobjectiveerde ‘subjectieve’ of ‘zakenrechtelijke’ betekenis. Rijken 1994, p. 6, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 394. Hierboven wordt om in hoofdstuk 2, paragraaf 3 e.v. uiteen te zetten reden voor de interne verhoudingen in een personenvennootschap de term goede trouw gebruikt. Ook Snijders 2012, p. 773.

⁷⁰ Ook Mohr 2003, p. 19, Van der Sangen 2008, p. 5. Van der Grinten ging in de Toelichting bij Ontwerp Titel 7.13, 172, p. 1084 tot 1093 niet concreet in op dit bijzondere karakter. Van der Grinten schreef wel in de toelichting bij artikel 7.13.1.5 dat gaat over de taak van de beherende vennoten dat of en in hoeverre beherende vennoten verplichtingen hebben, niet in het algemeen te zeggen is; dit hangt af van de inhoud van de vennootschapsovereenkomst. En dan: *‘de verplichtingen van de vennoten worden door de overeenkomst bepaald. De overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke naar haar aard, uit de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid voortvloeien (artikel 6.5.3.1). Het lijkt niet nodig hieromtrent in de wet nadere voorzieningen te geven.’* Ook Maeijer gaat in Asser-Maeijer 5-V, p. 82 niet diep in op de idee van de versterkte goede trouw. Hij schrijft enkel dat de oude schrijvers een contract ‘uberrimae fidei’ noemden. Hij schrijft dan: *‘Hier ter plaatse kan niet veel verder worden gegaan dan de opmerking, dat de overeenkomst zal moeten worden uitgevoerd zoals van een goed, fatsoenlijk vennoot kan worden verwacht.’* Van Olffen neemt dit in Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII* 2010, p. 71 over. Artikel 7:800 lid 2 Ow 7.13 BW bepaalde dat de vennoten zich tegenover elkaar moeten gedragen zoals een goed vennoot betaamt. In de toelichting bij het artikel stond: *‘Niet voor niets wordt vennootschap vanouds beschouwd als een contract “uberrimae fidei”.’* Hierover Mohr 2003, p. 19.

Inleiding

Toch kan – zoals opgemerkt – in besloten ledenverhoudingen bij (dreigende) geschillen wel degelijk behoefte bestaan om te kunnen opzeggen met duidelijke rechtsgevolgen – dus als simpele ‘exit’ onder acceptabele voorwaarden op andere wijze, bijvoorbeeld door verkoop en levering van aandelen aan derden niet mogelijk is. Of behoefte bestaat door opzegging tenminste een conflict te kunnen beheersen.

Dit alles heeft geleid tot de volgende samengestelde onderzoeksvraag.

Centrale onderzoeksvraag

De centrale onderzoeksvraag – gerelateerd aan geschillen in besloten ledenverhoudingen over de breedte van het ondernemingsrecht – bestaat uit de volgende drie onderdelen:

- (1) hoe verhouden scheidingsmelding en opzegging (beëindiging, uittreding, uitstoting, etc.) en de daaraan door het recht te verbinden gevolgen zich tot de samenhang tussen open norm, belang en actie?
- (2) wat hebben wetgever, rechter, arbiter, mediator en adviseur in hun eventuele positie als bemiddelaar bij interventie in geschillen in besloten verhoudingen – bijvoorbeeld naar aanleiding van een gedane opzegging, een vordering tot uitstoting of uittreding, etc. – aan kennis van de relatie als bedoeld onder (1)?
- (3) is gelet op de uitkomsten van de vragen onder (2) en (3) over de breedte van het ondernemingsrecht één geschillenregeling te ontwerpen?

Doelstelling van dit boek is niet een veelheid van afzonderlijke belangen en acties te beschrijven en te rubriceren en daar dan conclusies aan te verbinden, wat ook een opzet zou kunnen zijn, maar vanuit de systematiek van het ondernemingsrecht – in een quasi *Quint/Te Poel*-benadering: voor niet of niet expliciet geregelde gevallen aan te sluiten op het stelsel van de wet⁷¹ – de samenhang tussen open norm, belang, en actie te beschrijven, en van daaruit conclusie te trekken die relevant zijn voor de vraagstelling: die naar de genuanceerde betekenis en rechtsgevolgen van scheidingsmelding en opzegging.

6. Voorbeeld

Een op het eerste gezicht simpel voorbeeld waarmee deze vraagstelling verder kan worden geïllustreerd is de al aangehaalde door de wet voor een aandeelhoud-

⁷¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 406.

dersvergadering in een B.V. voorgeschreven oproepingsbrief. Het niet, niet tijdig of niet deugdelijk doen toekomen aan een (mede)aandeelhouder van een oproepingsbrief, al dan niet in combinatie met het zich niet vergewissen of die oproeping de opgeroepen aandeelhouder wel heeft bereikt, en het toch houden van een aandeelhoudersvergadering is in besloten ledenverhoudingen een beproefd middel om besluiten in die vergadering door te drukken,⁷² hetgeen overigens niet altijd ook in jurisprudentie tot uitdrukking komt.

Het bij oproeping betrokken belang is deugdelijke besluitvorming.⁷³ Het belang van deugdelijke besluitvorming in een aandeelhoudersvergadering is een algemeen maatschappelijk/vennootschappelijk belang. Het is ook een concreet vennootschapsbelang.⁷⁴ Het is een belang van de aandeelhouders en van het bestuur, c.q. de respectieve bestuurders. Het is ook een ondernemingsbelang, omdat ondeugdelijke besluitvorming kan leiden tot schade aan de onderneming.

Ook het begrip ‘belang’ is een open fenomeen. Persoonsgebonden samenwerking in een besloten verhouding kan leiden tot een andere invulling en waardering van het betrokken ‘belang’ dan in open verhoudingen zoals beursvennootschappen.⁷⁵ Het is ook een belangrijk fenomeen: reeds het voorkómen van belangenvermenging wordt in beschikkingen van de Ondernemingskamer een vorm van te betrachten zorgvuldigheid geacht, met name naar minderheidsaandeelhouders en vaak in de vorm van het geven van openheid van zaken.⁷⁶ Het

⁷² HR 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 (*Mante*), Hof Den Haag 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (*Reynders/McKinney*), OK 16 juli 2007, ARO 2007, 122 (*Technoton*), OK 4 februari 2008, ARO 2008, 38 (*Focwa*), OK 26 februari 2008, ARO 2008, 49 (*Open Line*), HR 10 november 2006, NJ 2007, 561 (*Groenselect*), OK 20 mei 2010, ARO 2010, 88 (*UPA*)(niet oproepen voor familieberaad).

⁷³ Aan welk belang soms ook door informatie buiten de vergadering om tegemoet kan worden gekomen, OK 20 juni 2005, ARO 2005, 97 (*Firma W. van 't Hart & Zonen Holding*).

⁷⁴ OK 13 september 2005, ARO 2005, 177 (*Sarakreek Holding*), r.o. 3.7., OK 28 februari 2005, ARO 2005, 34 (*Dodo*), OK 27 april 2005, ARO 2005, 77 (*Dolphin Watercompagny*), OK 10 januari 2008, ARO 2008, 20 (*PCM*), r.o. 3.23 -24.

⁷⁵ OK 12 december 2002, ARO 2003, 4 (*Ed Ros & Wanink B.V.*), r.o. 3.3., OK 18 mei 2004, ARO 2004, 75 (*Van Ginneken Makelaardij*), OK 18 augustus 2004, ARO 2004, 106 (*CNA*).

⁷⁶ Rapport Kools/Kroeze 2009, p. 62, De Jongh 2011, 608 e.v. Bulten 2011/1, p. 48, Schoenmaker-Tijsseling 2011, p. 83 e.v., Koelemeijer 2012, p. 41 e.v., Van Olffen 2012, p. 367 e.v. OK 25 maart 2005, ARO 2005, 57 (*Ogilvy*), OK 26 mei 2005, ARO 2005, 87 (*Taxi Centrale Amsterdam*), OK 2 augustus 2005, ARO 2005, 153 en ARO 2008, 10 (*De Hasker*), OK 18 augustus 2005, ARO 2005, 161 (*Dubbelhuis en De Olde Molen*), OK 27 september 2005, ARO 2005, 182 (*Versatel*) r.o. 3.8, OK 15 november 2005, ARO 2005, 194 (*Global Green*), OK 14 december 2005, ARO 2006, 3 (*Versatel*), OK 21 december 2005, ARO 2005, 6 (*EVC International*), OK 11 januari 2006, ARO 2006, 26 (*Finoren Holding*), OK 18 januari 2006, ARO 2006, 35 (*Laurus*), OK 1 februari 2006, ARO 2006, 46 (*S. van Baarsen Halfweg*), OK 24 februari 2006, ARO 2006, 58 (*CDG*), OK 7 maart 2006, ARO 2006, 65 (*T&L Verzekeringen*), OK 3 mei 2006, ARO 2006, 97

Inleiding

enkele feit dat sprake is van belangenvermenging geeft echter nog geen aanleiding om te twijfelen aan een juist beleid van de vennootschap, aldus de Ondernemingskamer:

(*Bonne Route Holding*), OK 9 mei 2006, ARO 2006, 99 (*TriQorp*), OK 13 juli 2006, ARO 2006, 133 (*Audilux*), r.o. 3.7 en 3.9, concl. A-G Timmerman onder 4.4 - 4.6 bij HR 1 september 2006, ARO 2006, 160 (*Emba*), OK 24 november 2006, ARO 2006, 192 en OK 6 oktober 2010, ARO 2010, 151 (*De Leeuw*), OK 24 november 2006, ARO 2006, 195 (*Elf*), OK 28 december 2006, ARO 2007, 6 en HR 14 maart 2008, ARO 2008, 56 (*Begemann*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 43 (*Dutch A&A*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 45 (*Bleijlevens Heerlen*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 46 (*ITPB*), OK 19 april 2007, ARO 2007, 72 (*Begemann*), OK 22 juni 2007, ARO 2007, 102 (*Micam*), OK 27 september 2007, ARO 2007, 161 (*Heem Estate*), OK 7 januari 2008, ARO 2008, 18 (*Delascos Holding*), OK 10 januari 2008, ARO 2008, 20 (*PCM*), r.o. 3.23, OK 6 mei 2008, ARO 2008, 88 (*Wilmont*), 19 mei 2008, ARO 2008, 104 (*Elephas*), OK 31 juli 2008, ARO 2008, 132 (*Welsi Holding*), r.o. 3.3, OK 10 september 2008, ARO 2008, 155 (*Janssen Holding*), OK 2 februari 2009, ARO 2009, 32 (*STAK Bloem*), OK 17 februari 2009, ARO 2009, 45 en HR 10 september 2010, ARO 2010, 140, concl. Timmerman (*Butôt Holding*), OK 27 maart 2009, ARO 2009, 58 (*Pine Digital*), OK 24 april 2009, ARO 2009, 64 (*Allstar*), r.o. 3.13 en 14, OK 15 mei 2009, ARO 2009, 78 (*Flora Plus*), OK 29 mei 2009, ARO 2009, 82 (*Broekmans Assurantiën*), OK 29 mei 2009, ARO 2009, 84 (*Triple E*), OK 9 juli 2009, ARO 2009, 119 (*Bergmont*), OK 25 augustus 2009, ARO 2009, 129 (*Biotempt*), OK 26 augustus 2009, ARO 2009, 131 (*Executives*), OK 30 oktober 2009, ARO 2009, 161 (*Cancun Holding*), OK 4 november 2009, ARO 2009, 164 (*3ple-Media*), OK 9 november 2009, ARO 2009, 167 (*iBiz*), OK 24 december 2009, ARO 2010, 5 (*Yachtcontrol*), OK 11 januari 2010, ARO 2010, 18 (*PR Aviation*), OK 3 maart 2010, ARO 2010, 49 (*Océ*), OK 11 mei 2010, ARO 2010, 85 (*CKC*), OK 20 mei 2010, ARO 2010, 88 (*UPA*), OK 27 mei 2010, ARO 2010, 92, JOR 2010, 89, nt. Stevens (*PCM*), OK 29 juni 2010, ARO 2010, 104 (*Poststate*), OK 29 september 2010, ARO 2010, 148 en OK 28 juli 2011, ARO 2011, 133 (*Königsberg*), OK 14 februari 2011, ARO 2011, 36 (*Amtrada*), OK 17 februari 2011, ARO 2011, 38 (*Ambiente*), OK 17 maart 2011, ARO 2011, 57 (*Spaarnwoude*), OK 30 maart 2011, ARO 2011, 63 (*Muntal*), OK 11 mei 2011, ARO 2011, 82 (*Proxy*), OK 6 juni 2011, ARO 2011, 94 (*Synpact*), OK 15 juni 2011, ARO 2011, 97 (*Rickley*), OK 21 juni 2011, ARO 2011, 104 (*Markerink*), OK 14 juli 2011, ARO 2011, 113 (*Elpak*), OK 22 september 2011, ARO 2011, 145 (*Client First*), OK 29 september 2011, ARO 2011, 148 (*RVDD Beheer*), OK 14 oktober 2011, ARO 2011, 161 (*Ogilvy*), OK 8 december 2011, ARO 2012, 1 (*Noork*), OK 13 december 2011, ARO 2012, 5 (*Leidsestraat Apotheek*), OK 27 december 2011, ARO 2012, 6 (*HSG*), OK 20 februari 2012, ARO 2012, 28 (*Mojo Theater*), OK 24 februari 2012, ARO 2012, 30 (*Cerflex*), OK 5 april 2012, ARO 2012, 54 (*Fortis*), OK 10 april 2012, ARO 2012, 56 (*Sequoia*), OK 19 april 2012, ARO 2012, 62 (*VOC*), OK 27 april 2012, ARO 2012, 65 (*Greenchoice*), OK 25 april 2012, ARO 2012, 68 (*Butôt Holding*), OK 1 juni 2012, ARO 2012, 84 (*DOS*), OK 5 juni 2012, ARO 2012, 86 (*Heusden Veste*), OK 13 juni 2012, ARO 2012, 95 (*Steltix*), OK 24 juli 2012, ARO 2012, 111 (*Dixberg*), OK 19 juli 2012, ARO 2012, 113 (*Cancun*), OK 28 augustus 2012, ARO 2012, 119 (*Pierson & Pierson*), OK 3 september 2012, ARO 2012, 130 (*Pebblestone*), OK 29 oktober 2012, ARO 2012, 154 (*NAD*), OK 22 november 2012, ARO 2012, 163 (*VLVDL*), OK 26 november 2012, ARO 2012, 165 (*Via Parva*).

‘het gaat er om hoe hiermee wordt omgegaan’.⁷⁷

Het laat zien – en dat is een evidentie – dat binnen het dwingende systeem van het Boek 2 BW-recht de zorgvuldigheid eist dat op passende wijze met bij de vennootschap betrokken belangen wordt omgegaan.⁷⁸

De wetgever erkent, net als onder de wettelijke regeling van vóór 1 oktober 2012, in de regeling van de flex-B.V. het belang van deugdelijke besluitvorming in een aandeelhoudersvergadering, gelet op de formele eisen rond het houden van zo’n vergadering die zijn opgenomen in afdeling 4, Titel 5 van Boek 2 BW, in de artikelen 220 tot en met 230. Zonder oproepingsbrief, bijvoorbeeld, kon onder de oude regeling geen aandeelhoudersvergadering worden gehouden, zo bepaalde artikel 2:238 lid 1 BW, tenzij onder de strikte voorwaarden van artikel 2:238 BW, dus als de statuten het toelieten en de besluitvorming schriftelijk en met algemene stemmen geschiedde.

De flex-regeling heeft de mogelijkheid tot het nemen van besluiten buiten vergadering verruimd. Niet langer zijn statutaire grondslag en unanimiteit vereist, mits alle vergadergerechtigden hebben ingestemd en mits de stemmen schriftelijk worden uitgebracht. Afwijkende statuten kunnen hierop worden aangepast, anders geldt de regeling in de statuten conform de ‘oude’ wettelijke regeling. Voor reguliere besluitvorming in de vergadering van aandeelhouders is de oproepingstermijn van vijftien dagen in artikel 2:225 BW verkort naar acht. Dat is niet gelukkig indien via een door de Ondernemingskamer te treffen onmiddellijke voorziening tegen een voorgenomen besluit, bijvoorbeeld een ontbindingsbesluit, zou moeten worden opgekomen.

De periode om nog ‘ex ante’ te kunnen ageren is dan erg kort. Het zou onder omstandigheden kunnen betekenen dat gelet op de betrokken belangen een gemotiveerd verzoek om uitstel van besluiten moet worden gehonoreerd. Dat zou passend zijn. Weigering van zo’n redelijk voorstel kan in de beoordeling of sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen, worden meegenomen.

In de wettelijke regeling was en is niet opgenomen de verplichting van een aandeelhouder of bestuurder zich te vergewissen of een oproeping voor de aandeelhoudersvergadering de geadresseerde ook daadwerkelijk heeft bereikt, en als daarover onzekerheid bestaat, evenmin de verplichting om de vergadering te verdagen.⁷⁹ De wet gaat er in artikel 2:223 lid 1 BW vanuit dat oproeping bij

⁷⁷ OK 21 december 2005, ARO 2005, 6 (*EVC International*). Vgl. OK 24 april 2009, ARO 2009, 64 (*Allstar*), r.o. 3.14, vgl. OK 24 december 2009, ARO 2010, 5 (*Yachtcontrol*).

⁷⁸ Bulten 2011/1, p. 48/49, 2011/2, 7, Koelemeijer 2012, p. 41 e.v.

⁷⁹ HR 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 (*Mante*), Hof Den Haag 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (*Reynders/McKinney*). Klein Wassink 2012, p. 46 e.v.

Inleiding

brief gericht aan de adressen zoals vermeld in het aandeelhoudersregister volstaat. Of, als de aandeelhouder(s) of andere vergadergerechtigde(n) daarmee instemt(men), dat de oproeping volgens lid 2 van dat artikel geschiedt door een langs elektronische weg toegezonden leesbaar en reproduceerbaar bericht aan het door de aandeelhouder of vergadergerechtigde voor dit doel aan de vennootschap bekend gemaakt adres. Dat het adres in het register niet klopt, dat een brief of oproeping via elektronische weg mogelijk niet of te laat aankomt terwijl het adres correct is, etc., komt in de wettelijke regeling voor rekening en risico van de geadresseerde.

Dit lijkt een terecht uitgangspunt.

De bedoelde verplichtingen kunnen in afwijking van die regeling wel voortvloeien uit de redelijkheids- en billijkheidseisen van artikel 2:8 lid 1 BW.⁸⁰

Artikel 2:15 lid 1 sub b BW biedt dan de mogelijkheid tot vernietiging door de rechter van een besluit wegens strijd met artikel 2:8 lid 1 BW op vordering van een redelijk belanghebbende binnen de termijn van een jaar nadat het bekend werd. De aandeelhouder die wordt geconfronteerd met een hem onwelgevallig besluit van een vergadering waarvoor hij geen oproeping heeft ontvangen, maar welke oproeping wel naar het in het register vermelde adres is verzonden, zal behoefte hebben aan correctie door de rechter onder toepassing van deze artikelen.

Uitgangspunt zal hierbij zijn dat een mede-aandeelhouder of bestuurder die de wettelijke regels in acht heeft genomen er vanuit mag gaan dat de betreffende aandeelhouder er voor gekozen heeft om niet te komen. De niet verschenen aandeelhouder zal daartegenover wijzen op de aan zijn zijde betrokken belangen en er op wijzen dat er bijzondere omstandigheden zijn waaruit blijkt dat die belangen ten onrechte zijn veronachtzaamd.

Wordt nu de centrale onderzoeksvraag op artikel 2:8 lid 1 BW en op het voorbeeld betrokken dan kan bij de beoordeling van het geschil tussen de betreffende aandeelhouder en vennootschap op enig moment de vraag rijzen hoe zwaar de bij deugdelijke besluitvorming en het feitelijk nemen van een besluit betrokken belangen wegen. Dat gebeurt in het bijzonder op het moment dat de betreffende aandeelhouder aan de rechter of arbiter moet uitleggen dat de nalatigheid van de andere aandeelhouder om zich te vergewissen of de oproepingsbrief hem wel heeft bereikt, *in dit geval* consequenties dient te hebben. Dus als hij heeft uit te

⁸⁰ HR 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 (*Mante*), Hof Den Haag 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (*Reynders/McKinney*). Er zit ook een zekere preventieve betekenis in deze arresten. Anders zouden we te maken hebben met horden aandeelhouders, althans de helft daarvan, die zitten te wachten tot hun mede-aandeelhouder met vakantie gaat, terwijl de andere helft niet met vakantie durft.

leggen dat de norm van artikel 2:8 lid 1 BW in aanmerking genomen de omstandigheden van het geval strekt tot bescherming van de aan zijn zijde betrokken belangen.

De andere aandeelhouder en/of de bestuurder verweert zich natuurlijk door te stellen dat hij aan de wettelijke vereisten heeft voldaan en zal mogelijk verder aanvoeren dat besluitvorming ter vergadering geen uitstel kon of kan lijden. En dat daarmee toch ook een zeker belang werd gediend. En dat zijn opstelling daarmee passend, althans niet onbetamelijk is geweest.

Het voorbeeld laat zien dat de actie ergens begint waar de grens van het passende of het onbetamelijke – in aanmerking genomen de strekking van de wettelijke regeling en de betrokken belangen – wordt overschreden. Analyse van de respectieve rechtsposities aan de hand van wet, statuten en contract staan dan voorop.⁸¹ Belangenafweging kan wegens de voortdurende toepasselijkheid van artikel 2:8 BW afgezet tegens de strekking van genoemde regelingen steeds een rol spelen. De geschetste casus kan daardoor een voorbeeld zijn van een situatie waaraan Van Schilfgaarde refereerde toen hij schreef dat een besluit ten aanzien van een bepaalde betrokkene onbillijk kan zijn, maar toch vanuit een meer algemeen oogpunt van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar.⁸²

Vanuit deze benadering zijn – mede afhankelijk van de overige feiten in het dossier – tegelijk ook andere vragen mogelijk zoals:

- of het nalaten zich te vergewissen of de oproepingsbrief de andere aandeelhouder bereikt – het gaat eigenlijk om het verzuim van een onderzoeksplicht – kan leiden tot of bijdragen aan de conclusie dat het voortduren van het aandeelhouderschap van de aandeelhouder die zich niet correct opgeroepen acht in redelijkheid niet kan worden geveerd in de zin van artikel 2:343 lid 1 BW. En dus leidt tot of bijdraagt aan erkenning van een recht op uittreding van die aandeelhouder, welk recht als een bijzonder opzeggingsrecht kan worden beschouwd. En wat voor belangenafweging, in aanmerking genomen diezelfde wettelijke oproepingsregeling daarbij dan dient te worden gemaakt;
- dan wel – in omgekeerde zin – gericht op de nalatige aandeelhouder: of door diens nalatigheid zich te vergewissen of de oproepingsbrief de andere aandeelhouder heeft bereikt het belang van de vennootschap zodanig wordt geschaad dat het voortduren van diens aandeelhouderschap in

⁸¹ Het is verlijdelijk de idee van belangenafweging te ruim te nemen en Slagter 2009/2, p. 94, wijst daar terecht op.

⁸² Van Schilfgaarde 1983, p. 73, vgl. Rijken 1994, p. 14 die er onder verwijzing naar de MvT TK, 1982-1983, 17 725, p. 57 op wees dat als de termijn van 2:15 lid 5 BW verstreken is artikel 8 lid 2 BW nog betekenis heeft. Zie ook de daar aangehaalde literatuur.

redelijkheid niet kan worden geduld, hetgeen dus leidt tot succesvolle uitstoting van die aandeelhouder in de zin van artikel 2:336 lid 1 BW, wat eveneens als een bijzondere gekwalificeerde vorm van opzegging kan worden beschouwd. Dan wel of dat verzuim bij zo'n vordering tot uitstoting betekenis kan hebben, zo ja, welke, en wat voor belangenafweging daarbij dan dient te worden gemaakt;

- dan wel of het verzuim een gegronde reden is of (mede) kan zijn om aan een juist beleid te twijfelen in de zin van artikel 2:350 lid 1 BW zodat kan worden toegekomen aan toepassing van het enquêterecht en de Ondernemingskamer opdracht kan geven tot onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon;⁸³
- dan wel of opzegging meer in het algemeen, of inadequate reactie op opzegging een gegronde reden kan of (mede) kan zijn om aan een juist beleid te twijfelen;
- en: wat door de Ondernemingskamer vervolgens gegeven kwalificaties betekenen voor de samenhang tussen belang en actie in ander perspectief, bijvoorbeeld dat van de aansprakelijkheid;
- en of het nalaten zich te vergewissen of de oproepingsbrief de andere aandeelhouder bereikt überhaupt kan kwalificeren als een onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW. Dan wel of dat verzuim voor die kwalificatie mogelijk betekenis kan hebben, en zo ja welke. En jegens wie. En welke belangenafweging daarbij dan dient te worden gemaakt;
- en wat bij al deze vragen de betekenis is van de aanname dat sprake is van een besloten verhouding. Die door de gang van zaken rond de oproeping grondig is verpest, hetgeen – althans volgens de aandeelhouder die zich tekort gedaan voelt – te voorzien was. En welke bijzondere belangen daardoor dan dus een rol spelen en op welk moment. Etcetera.

Dit zijn vragen naar de duiding van de rechtsposities⁸⁴ van betrokkenen, van interpretatie van de strekking van wettelijke en statutaire regelingen en van de betekenis van open normen en begrippen, van weging van betrokken belangen, van het antwoord op de vraag wanneer een zorgplicht bestaat,⁸⁵ van de verhouding tussen onderzoeks- en mededelingsplichten.⁸⁶ Weging en beoordeling die

⁸³ Vgl. OK 22 februari 2002, ARO 2002, 34 (*RNA*), r.o. 3.8 en 3.9, OK 10 november 2005, ARO 2005, 193 (*BRA Beheer*).

⁸⁴ Slagter 2009/2, p. 94.

⁸⁵ Huizink 2010, Assink 2012.

⁸⁶ Bulten 2011/1, p. 46, 58 en 2011/2, p. 6 die daar voor de wettelijke geschillenregeling op wijst.

sterk afhankelijk zijn van de feiten die maken dat in het ene geval een bepaalde vraag helemaal niet, en in het ander juist wel relevant is. Die ook het dossier in voorkomende gevallen kunnen doen kantelen. Het zijn ook vragen die qua type een zekere gelding behouden als de casus van de oproepingsbrief voor een andere, met wat aanpassingen, wordt ingeruild. Bijvoorbeeld door de casus waarin het niet gaat om nalatigheid in de oproeping maar om het plegen van concurrentie.

Het gaat bij die vragen ook om het kunnen instellen van acties, om de handhaving van normen, om geformaliseerde vormen van opzegging, om de mogelijke honorering van een bestaande wens om van de ander af te komen. Of om de conclusie dat als 'exit' niet mogelijk is de relatie dan maar in stand moet blijven. Maar onder toepassing van welke normen en welke sancties?

Met het voorbeeld en de vragen – niet uitputtend bedoeld – is in zekere zin ook sprake van een matrix. De matrix laat zien in welke opzichten de samenhang tussen belang en actie bij geschillen in besloten verhoudingen binnen het B.V.-recht een rol kan spelen. Een matrix waarbinnen ook opzegging of (niet) te kunnen opzeggen een rol speelt.

Daarnaast – breder dan deze meer juridisch-technische vragen – rijzen vragen vanuit een andere invalshoek – ook hier weer aanpasbaar aan de feiten:

- gesteld dat conflictbeheersing ook een betrokken belang is, welke rol speelt dat belang dan afgezet tegenover de overige betrokken belangen en mogelijke acties? Bijvoorbeeld: de aandeelhouder die de oproepingsbrief niet of te laat ontvangen heeft (of: de aandeelhouder die de concurrentie geconstateerd heeft) wil naar aanleiding van de daardoor hoog opgelopen ruzie uittreden. Hij stelt daarbij belang te hebben. Hoe dan die opzegging op zorgvuldige wijze te realiseren?

Kan dat opzeggen eigenlijk wel? Met inachtneming van de betrokken belangen? Welke uitgangspunten gelden dan? Hoort een behoorlijke scheidingsmelding daarbij? Of een melding van het voornemen tot 'scheiding'? Heeft zo'n melding zin of is die nodig in de huidige staat van het ondernemingsrecht? Hoe dient de andere aandeelhouder daarop te reageren? En de vennootschap? In het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming? Wat geldt rechtens ten aanzien van de (mogelijkheid van) opzegging? Wat geldt ten aanzien van de reactie daarop? Wat zijn de vragen die de bemiddelaar stelt? Moet stellen?

- wat kunnen aandeelhouders of advocaten die voor en op verzoek van hun cliënten aan conflictbeheersing zouden willen doen met kennis van

die samenhang? Speelt (de mogelijkheid van) opzegging daarbij een rol?

- wat kan een bemiddelaar met die kennis? Wat kan degene die oordeelt – de rechter of arbiter – met die kennis?

De door deze vragen tot uitdrukking komende en voor interpretatie en weging vatbare – door de feiten en het recht bepaalde – materiële relatie tussen belang en actie bij geschillen in besloten verhoudingen, alsook het gebruik dat een betrokken bemiddelaar in welke positie dan ook van kennis van die relatie kan maken, in het bijzonder als gerelateerd aan en beperkt tot de vraag naar het rechtskarakter van de scheidingsmelding en opzegging in besloten ledenverhoudingen wordt als centrale onderwerp van dit boek in het vervolg van de inleiding en in hoofdstuk 1 verder uitgewerkt, onder meer in de keuze voor en verantwoording van een bepaalde opzet van dit boek.

Hierna wordt bij wijze van inleiding eerst ingegaan op de algemene samenhang tussen belang en actie (paragraaf 7) en op de samenhang tussen belang en verweer (paragraaf 8). Daarna worden de verschillende in dit boek gebruikte begrippen gedefinieerd (paragraaf 9) en wordt de keuze voor het thema van de opzegging verder verantwoord (paragraaf 10).

De inleiding wordt besloten met een samenvattende omschrijving van de doelstellingen van dit boek.

7. Belang en actie

Zoals in de tweede alinea van deze inleiding opgemerkt geldt in algemene zin dat zonder belang überhaupt geen juridische actie of rechtsvordering mogelijk is, ook in besloten verhoudingen niet. Artikel 3:303 BW, dat bepaalt:

‘Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe.’

maakt duidelijk dat er een bepaalde negatieve samenhang bestaat tussen belang en actie. Er is ook een positieve samenhang. Die bestaat bijvoorbeeld in de erkenning dat stilzitten onrechtmatig kan zijn omdat handelen plicht is⁸⁷ en in de idee dat in de hoogte van te vergoeden schade het primaire recht op positieve nakoming zou moeten worden verdisconteerd.⁸⁸ Het betrokken belang vertaalt zich dan – via de norm – naar een op de bescherming ervan gerichte actie, althans als het recht die vertaling ook erkent, dus voor de actie een wettelijke

⁸⁷ Eggens 1923, p. 8, Eggens 1950, p. 240.

⁸⁸ Vegter, 1991, p. 153.

grondslag biedt.⁸⁹ Belang heeft hiermee een algemene en een bijzondere juridische, binnen het systeem van het recht relevante betekenis.

‘Belang’ in het personenvennootschaps- en Boek 2 BW-rechtspersonenrecht is bijvoorbeeld het als lid onder de doelstelling van de rechtspersoon deel kunnen nemen aan door de rechtspersoon georganiseerde activiteiten, zich te kunnen verzetten tegen contributieverhoging, toegang te kunnen krijgen tot een vergadering om deel te kunnen nemen aan de besluitvorming, inzage te kunnen nemen in administratieve bescheiden van de vennootschap of mede-vennoten, in hoedanigheid van aandeelhouder zeggenschap bijvoorbeeld in de vorm van centrale leiding te kunnen uitoefenen, niet geconfronteerd te worden met nadelige concurrentie, zonder voorwaarden te kunnen uittreden, etc. Allemaal voorbeelden van belangen waaraan in positieve zin, soms onder zekere voorwaarden en afhankelijk van de toepasselijke norm, een actie is gekoppeld.

Positieve samenhang is ook terug te vinden in artikel 3:12 BW dat in algemene zin bepaalt:

‘Bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.’⁹⁰

Positieve samenhang bestaat verder – zo zou kunnen worden betoogd – voor zover bij conflictvoorkoming en -beheersing belang bestaat.⁹¹ Brengt de wens tot conflictbeheersing in een voorkomend geval bij een belanghebbende ook de wens tot het instellen van een actie met zich mee, dan is daarmee ook een vorm van positieve samenhang gegeven.

Bijvoorbeeld de aandeelhouder die – op de hoogte van een aangekondigde aandeelhoudersvergadering, maar daarvoor niet geldig opgeroepen – door een kort geding of via een onmiddellijke voorziening in het enquêterecht aanhouding wenst af te dwingen, kan dat onder meer doen om zich beter te kunnen voorbereiden op de besluitvorming, om (onderhandelings)positie te behouden, om zorgvuldige besluitvorming te bewerkstelligen⁹² of om een conflict niet te laten

⁸⁹ Zie artikel 6:1 BW.

⁹⁰ Hierover Rijken 1994, p. 5.

⁹¹ Willems 2011/2, p. 150. Partijen kunnen hun geschil vrijwillig gezamenlijk voor de rechter brengen – zie artikel 96 Rv (arbitrage bij kantonrechter) of afspreken op verkorte termijn te dagvaarden, te antwoorden en om een comparitie tegen vervroegde datum vragen, in overleg met de rechter (artikel 1.4 Landelijk Procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbank.) Dit is in impasse situaties vaak een probleem.

⁹² Vgl. OK 22 februari 2002, ARO 2002, 34 (RVA), r.o. 3.8 en 3.9.

derailen, maar het te ‘beheersen’. Maar hij kan het – en dat komt in besloten verhoudingen ook voor – ook doen om emotionele redenen.

Bijzonder – en bekend – is dat in de idee van conflictbeheersing ook een belangrijk objectief element zit doordat in het maatschappelijk of vennootschappelijk verkeer belang bestaat bij conflictvoorkoming en -beheersing.⁹³ Dat komt op verschillende manieren tot uitdrukking, waarvan de sterkste is het verbod op eigenrichting.

In zekere zin zou het enquêterecht kunnen worden gezien als een instrument om in het belang van de rechtspersoon en de verbonden onderneming eigenrichting zoveel mogelijk te voorkomen en te beheersen⁹⁴ en wel op zo’n manier dat zo spoedig mogelijk weer sprake is van een gezond functionerende rechtspersoon.⁹⁵ Dit meer dan dat het enquêterecht uitdrukking is van een opkomen voor het eigen belang, ook in besloten verhoudingen, hoewel dat eigen belang zeker een rol en zelfs een belangrijke rol kan spelen maar niet doorslaggevend is.⁹⁶

Het gaat er dus ook niet om dat sprake is van herstel van gezonde verhoudingen tussen betrokkenen – daarvan kunnen er best een of meerdere het veld (van de rechtspersoon) moeten ruimen – maar het gaat om herstel van het functioneren van de rechtspersoon. Voor persoonlijke belangenbehartiging is het enquêterecht niet primair bedoeld: het gaat om het (wan)beleid van de rechtspersoon en de mogelijkheden tot correctie daarvan, en wel zover opgerekt dat geconstateerd

⁹³ Vgl. HR 8 december 1993, NJ 1994, 273 (*Van den Berg/Van den Berg*), Bertrams 1999, p. 79. Vgl. ook concl. P-G Wijnveldt bij HR 30 juni 1944, NJ 1944, 465 (*Wennex*) die naar aanleiding van de situatie dat twee aandeelhouders zich verbonden hadden bij staking der stemmen het bindend advies van een commissie van drie personen te volgen en dienovereenkomstig stem uit te brengen, opmerkt: ‘terwijl in deze zaak slechts sprake is van een bindend advies om uit moeilijkheden te komen, welke de beide oprichters der zaak die volkomen gelijkgerechtigd waren, mogelijk achtten. Hiermede gaven zij m.i. blijk van een helder zakelijk inzicht.’ Brenninkmeijer 1973, p. 77 e.v., Maeijer 1976, p. 95 e.v.

⁹⁴ OK 1 februari 2006, ARO 2006, 46 (*S. van Baarsen Halfweg*), r.o. 3.3., OK 9 mei 2006, ARO 2006, 99 (*TriQorp*), r.o. 3.5, HR 30 maart 2007, ARO 2007, 68, concl. A-G Timmerman (*ATR*), r.o. 4.4.

⁹⁵ OK 4 juli 2007, ARO 2007, 126 (*Samlerhuset*). Geerts 2009, p. 193 die herstel van gezonde verhoudingen de meest zinvolle doelstelling van het enquêterecht noemt. Croiset van Uchelen, 2010, p. 203 e.v.

⁹⁶ HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107, concl. A-G Timmerman onder 5 en 6.1-7 (*KPN-Qwest*), OK 16 maart 2011, ARO 2011, 59 (*Fortis*), OK 16 november 2012, ARO 2012, 161 (*RTS*). Zie ook OK 11 mei 2010, ARO 2010, 85 (*CKC*): ‘Of de werkelijke reden van het verzoek is gelegen in de wens van verzoekster om de meerderheidsaandeelhouder te dwingen haar aandelen tegen een zo hoog mogelijke prijs over te nemen, doet er niet aan af dat verzoekster als aandeelhouder een voldoende zwaarwegend belang bij het enquêteverzoek heeft.’

wanbeleid bij de ene rechtspersoon ten voorbeeld staat aan de andere: de zogenaamde preventieve werking van het enquêterecht.⁹⁷

Dat wanbeleid, of de gegronde reden om aan juist beleid te twijfelen, kan heel wel – zo laten talrijke uitspraken van de Ondernemingskamer zien – veroorzaakt worden door conflicten tussen aandeelhouders.⁹⁸ Het laat principieel zien dat de maatregelen die de Ondernemingskamer kan treffen als het gaat om het doen functioneren van de rechtspersoon daarop moeten aansluiten.⁹⁹ Het laat meteen ook zien dat de in de literatuur wel voorkomende term ‘onteigening’ als het gaat om de overdracht van aandelen teneinde gezond functioneren van de rechtspersoon mogelijk te maken ongelukkig is:¹⁰⁰ uiteindelijk is gedwongen overdracht van aandelen een naar effectiviteit en proportionaliteit te verantwoorden maatregel, en moet dat ook zijn, die *reactie is* en *aansluit* op het gedrag of nalaten terzake waarvan aan de betreffende aandeelhouder in het kader van het functioneren van de rechtspersoon een verwijt wordt gemaakt.¹⁰¹

Een rechter of arbiter die conflictbeheersing in besloten verhoudingen als taak ziet, zal zich hierbij voor het succes ervan dienen te realiseren dat de ingestelde actie niet altijd even expliciet uitdrukking is van een achterliggend subjectief belang.¹⁰²

Niet altijd evenwel biedt procesrecht, of het nu gaat om dagvaardings- of verzoekschriftprocedures, ruimte om met dat niet expliciete of onvoldoende expliciet gemaakte belang rekening te houden en dus lopen procesrecht en conflictbeheersing niet altijd parallel.¹⁰³ Dat doen procesrecht en conflictbeheersing ook niet waar de Ondernemingskamer niet beschikt over de mogelijkheid om definitieve aandelenoverdracht te gelasten.¹⁰⁴ Dat doen procesrecht en conflictbeheersing ook niet waar de Hoge Raad in de *Groenselect*- en *Silver Lining*-arresten aan arbiters de mogelijkheid ontzegt om bij geschillen in besloten verhoudingen

⁹⁷ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 465/466 (*Ogem*). Over de preventieve functie kritisch Croiset van Uchelen 2010, p. 217 die de parallel trekt met HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (*Van Aalten/VU*), waar voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW aan eisers juist werd ontzegd.

⁹⁸ Willems 2011/2, p. 170 e.v.

⁹⁹ Willems 2011/2, p. 167, Bulten 2011/1, p. 318-326.

¹⁰⁰ Ook Bulten 2011/1, p. 37-40.

¹⁰¹ Ook Eikelboom 2009, p. 606 e.v., Bulten 2011/2, p. 7, Eikelboom 2011/1, p. 295/296, Willems 2011/2, p. 172 onder 8.

¹⁰² Hoefnagels & Van Leuven 2009, p. 20 e.v., Van Leuven & Chin-A-Fat 2006, Chin-A-Fat 2010.

¹⁰³ Asser & Vranken 1999, p. 19.

¹⁰⁴ Ofschoon Eikelboom hier gemotiveerd anders over denkt. Eikelboom 2011/1. Ook Schouten 2009, p. 528, e.v., Bartman & Holtzer 2010, p. 85.

op verzoek van partijen besluiten te vernietigen omdat dat niet ter vrije beschikking van partijen staat.¹⁰⁵

De rechter die het bovenbedoelde ‘subjectieve’ belang ziet en als bemiddelaar iets wil betekenen, ook als procesrecht daar minder ruimte voor biedt, zal zich van de strikte kaders van het procesrecht dus enigszins moeten losmaken.¹⁰⁶ Hij kan dat doen door de respectieve posities van de partijen in de procedure te gebruiken om hen iets duidelijk te maken. Daar is op zich niets tegen en het gebeurt ook. Ook voor de Ondernemingskamer – waarvan de minnelijke regelingen voor de Ondernemingskamer getuigen¹⁰⁷ – met de kanttekening dat de Ondernemingskamer het middel van de gedwongen aandelenoverdracht dus (nog) ontbeert.

‘Belang’ is aldus ook in besloten verhoudingen een open begrip dat een gevarieerde, waaronder uiterst subjectieve betekenis kan hebben die zich niet altijd laat kennen, terwijl die betekenis voor de beheersing van een conflict en de oplossing ervan wel van belang, zelfs van groot belang kan zijn. Of dat belang daarmee altijd kwalificeert als een voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW is de vraag, terwijl vooraf terzijde schuiven van belang als niet relevant in de praktijk van conflictbeheersing om voor de hand liggende redenen uitgesloten is.

Eenzelfde belang kan voorts binnen het recht betekenis hebben binnen heel verschillende procedures. Zo heeft het belang bij goed beleid een zekere relatie met de actie van het enquêterecht – een verzoekschriftprocedure –, net als belang bij verantwoording over dat beleid dat heeft met de actie van de onrechtmatige daad – in een dagvaardingsprocedure.

Het idee van voldoende ‘belang’ in de zin van artikel 3:303 BW is een kwestie van ontvankelijkheid, een processuele of vormvoorwaarde die niet te zwaar weegt¹⁰⁸ en die geldt voor zowel dagvaardings- als verzoekschriftprocedures.¹⁰⁹ Nogal eens moet voor ontvankelijkheid aan extra formele eisen worden voldaan, zoals bijvoorbeeld de artikelen 2:346 en 349 BW voor het enquêterecht bijzondere eisen stellen aan de hoedanigheid van degene die bezwaar maakt tegen het

¹⁰⁵ HR 10 november 2006, NJ 2007, 561, concl. A-G Timmerman, nt. Snijders (*Groenselect*) en HR 26 november 2010, NJ 2011, 55 concl. A-G Timmerman, nt. Van Schilfgaarde (*Silver Lining*).

¹⁰⁶ Asser & Vranken 1999, p. 19 die in dit verband opmerken dat het civiele procesmodel zich, althans op dat moment, kenmerkt door een sterk reactieve instelling van partijen en rechter.

¹⁰⁷ Rapport Kools/Kroeze 2009.

¹⁰⁸ HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (*Van Aalten/VU*).

¹⁰⁹ HR 26 januari 1996, NJ 1996, 377 (*D.V. en W. J.H./Raad voor de Kinderbescherming*).

beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon en aan tijdstip en de manier waarop dat gebeurt.¹¹⁰

De samenhang tussen belang en actie kan in wettelijke, statutaire of contractuele regelingen zijn ‘geobjectiveerd’, zoals bijvoorbeeld in het al gememoreerde artikel 2:238 lid 1 BW jo 2:14 en 2:25 BW, waaruit blijkt dat zonder oproepingsbrief geen aandeelhoudersvergadering kan worden gehouden, tenzij onder de voorwaarden van artikel 2:238 BW, dus als alle vergadergerechtigden daarmee instemmen en de stemmen schriftelijk worden uitgebracht.

De vraag naar de positieve samenhang tussen belang en actie is in het geval dat de wet het houden van een aandeelhoudersvergadering dwingend niet toelaat omdat er geen oproepingsbrief is en aan de overige voorwaarden niet is voldaan, in de verhouding tussen aandeelhouders nauwelijks relevant. De samenhang is dan geobjectiveerd, mogelijke uitzonderingen daargelaten – ondernemingsrecht is nu eenmaal niet zwart/wit, maar grijs in alle mogelijke schakeringen. Voor interpretatie en uitleg van de samenhang tussen belang en actie bestaat in het geval van het ontbreken van een oproepingsbrief daardoor weinig ruimte. Over dit soort ‘objectieve’ situaties gaat dit boek dan ook niet, althans niet primair.

Dit boek gaat – binnen het bestek van geschillen in besloten verhoudingen – wel en in het bijzonder over de positieve samenhang tussen belang en actie of rechtsvordering binnen het kader van door de wetgever en/of betrokkenen gebruikte open normen en begrippen, dan wel gelaten systeemruimte, waardoor in voorkomende gevallen voor interpretatie en uitleg juist wel ruimte bestaat. En daardoor – door het kennen van de samenhang tussen belang en actie en de betekenis van opzegging – mogelijk ook (meer of betere) gelegenheid kan blijken te bestaan voor doeltreffender interventie door een bemiddelaar, arbiter of rechter.

Deze laatste suggestie – die in dit boek verder wordt uitgewerkt – komt voort uit ervaring in de praktijk dat kennis van de dogmatische achtergrond in combinatie met de toepassing van mediation-*technieken* goed blijkt te werken bij de aanpak en oplossing van geschillen in besloten verhoudingen,¹¹¹ een ervaring die in het

¹¹⁰ Zie voor een geval waarin 9,665% van het geplaatste kapitaal naar de eisen van de wet niet voldoende was OK 3 december 2009, ARO 2010, 1 (*Amtel*). Voor een geval waarin door uitgiftebesluit niet meer 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigd werd OK 14 februari 2011, ARO 2011, 36 (*Amtrada*). Vgl. HR 8 juli 2011, NJ 2011, 306, concl. A-G Timmerman (*Emba*), waarover Marges 2001, p. 122 e.v., en HR 30 maart 2012, ARO 2012, 53, concl. A-G Timmerman (*ASMI*).

¹¹¹ Let wel: toepassing van mediation-technieken is iets anders dan de toepassing van mediation als fenomeen met haar eigen uitgangspunten en regels. Hierover ook Bulten 2011/1, p. 311. De idee van verplichte mediation is een contradictio in terminis. Daarnaast werkt verplichte mediation ook niet. Het is daarom ook geen goed idee dat een rechter zich omwille van een mediation-clausule onbevoegd zou moeten verklaren. Hierover Wennekes 2012, p. 64 e.v.

personen- en familierecht bij echtscheidingen, zoals al opgemerkt, ook bestaat.¹¹² Inzicht in de dogmatische achtergrond waartegen geschillen spelen is daarbij even zwaarwegend en bruikbaar als door de praktijk ontwikkelde en bewezen bemiddelingstechnieken.

Dit vormt ook de reden dat het geen zin heeft om bij geschillen in besloten verhoudingen een mediator in te schakelen als hij niet tevens goed begrip heeft van de dogmatiek. Hetzelfde geldt voor de comparitie-¹¹³ of kort gedingrechter als hij ter zitting probeert partijen tot een vergelijk te doen komen, of het nu gaat om het ontbreken van dogmatische kennis of om het ontbreken van kennis van mediation-technieken. Zo zal een bemiddelaar geen rol van betekenis kunnen spelen als hij, geconfronteerd met gebreken in de oproeping voor een aandeelhoudersvergadering, geen oog heeft voor de dynamiek van de bij de betreffende besluitvorming betrokken belangen – die overigens van velerlei aard en ook minder juridisch relevant kunnen zijn, maar desondanks wel degelijk relevant vanuit het oogpunt van conflictbeheersing.

Het onderwerp open norm, belang en actie bij geschillen in besloten ledenverhoudingen is hierbij enerzijds typisch een thema dat de interne samenhang binnen het systeem van het ondernemingsrecht in brede zin toont, en waarvan de kennis niet alleen theoretisch, maar ook praktisch relevant is.

Die samenhang is anderzijds ook relevant voor het geval nog eens het voornemen zou bestaan de wettelijke regeling van de personenvennootschappen samen met de huidige Boek 2 BW-rechtspersonen en de eenmanszaak in één Wetboek Ondernemingsrecht op te nemen en de keuze zou voorliggen het enquêterecht ook over personenvennootschappen uit te strekken.¹¹⁴ Die samenhang laat namelijk ook zien welke onderwerpen zich lenen voor uitwerking in de algemene bepalingen, welke als ‘eigen’ aan personenvennootschappen of besloten verhoudingen een ‘eigen’ uitwerking en regeling behoeven en welke onder ‘gezamenlijke’ regelingen als de wettelijke geschillenregeling en het enquêterecht kunnen worden gebracht. De onderneming is in deze benadering en in het wetboek in ieder geval een centraal gegeven.¹¹⁵

Het betekent dat met kennis van de samenhang tussen open norm, belang en actie twee vliegen in één klap kunnen worden geslagen.

¹¹² Bijv. Kooger 2004, Chin-A-Fat 2004, Labohm en Van Leuven 2005, Van Teeffelen 2005, Hoefnagels & Van Leuven 2009, Chin-A-Fat, 2006, p. 100-114, Van Leuven & Chin-A-Fat 2006, Zonnenberg 2008, Chin-A-Fat 2010.

¹¹³ Vgl. Labohm 2008, p. 63-65 en Labohm 2009, p. 147-153 vanuit het perspectief van het familierecht.

¹¹⁴ Concl. A-G Timmerman onder 4.32-34 bij HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107 (*KPNQwest*).

¹¹⁵ Maeijer 1989, p. 127.

8. Weren

Minstens zo interessant als het thema van de positieve relatie tussen open norm, belang en actie is het antwoord op de vraag naar de samenhang met de tegenover de actie staande mogelijke weren. Die weren betreffen de ‘passiefzijde’ van de actie. Reeds het kunnen voeren van verweer is een belang,¹¹⁶ al was het maar wegens de mogelijkheid van het vonnis bij verstek. Naar gelang de samenhang tussen belang en actie aan de actiefzijde minder is ‘geobjectiveerd’, dus als rechten minder expliciet, dus meer ‘open’ worden omschreven, zal meer ruimte bestaan voor weren ontleend aan en discussie over de aanwezigheid van voldoende belang en of dat belang – voor zover aanwezig – wel door de betreffende open norm beschermd wordt.

Anders verwoord: als belang aan de zijde van eiser, nodig om beroep te kunnen doen op een bepaalde open norm,¹¹⁷ gesteld wordt, volstaat de enkele betwisting er van.¹¹⁸ Zo kan de meerderheidsaandeelhouder die zich geconfronteerd weet met een minderheidsaandeelhouder die stelt dat er gebreken zijn in de oproeping die gebreken erkennen, maar betwisten dat de minderheidsaandeelhouder bij de aantasting van het besluit voldoende belang heeft. Als eiser dat belang voldoende motiveert, zal gedaagde gemotiveerd dienen te betwisten. Er kan dan discussie ontstaan over de vraag of voldoende belang bestaat, of dat belang geschon- den is en of dat belang en de schending er van in relatie tot de norm rechtens voldoende relevant zijn – dus vallen onder de dekking van de open norm waar- van gesteld wordt dat die strekt tot bescherming van dat belang¹¹⁹ – dan wel of er aan de zijde van gedaagde belang bestaat, dan wel andere argumenten worden aangevoerd die op het belang van eiser overwegen.

Voor de bepaling van de hiërarchie tussen betrokken belangen leent zich de toe- passing van het evenredigheidsbeginsel.¹²⁰ Van Ginneken en Timmerman on- derscheiden¹²¹ drie criteria, te weten proportionaliteit, noodzakelijkheid of sub-

¹¹⁶ OK 31 juli 2003, ARO 2003, 130 (*Citylens*), r.o. 3.1, OK 15 maart 2007, ARO 2007, 61 (*Koninklijke vereniging federatie van ondernemers in het schilders-, afwerkings- en glaszetbedrijf/Cordares Holding*) (‘In een rechtsgeding kan de rechter de door een partij gestelde feiten niet voor juist houden indien de wederpartij niet in de gelegenheid is ge- weest de desbetreffende stellingen van de eerstgenoemde partij te weerspreken.’).

¹¹⁷ Zie bijvoorbeeld artikel 2:15 lid 3 sub a BW.

¹¹⁸ HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers, AA 1997, 4 (*Lampe/Video- works*).

¹¹⁹ HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568 (*Beukers/Dorenbos of ‘Tandartsarrest’*), HR 2 de- cember 1994, NJ 1995, 288 (*Poot/ABP*), HR 2 mei 1997, NJ 1998, 348 (*Kip/Rabo*), HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen Beheer*).

¹²⁰ Van Schilfgaarde 1983, p. 73, Maeijer 2000/1, p. 375, De Jongh 2011, p. 608 e.v.

¹²¹ Timmerman 2009, p. 13, Van Ginneken & Timmerman 2011, p. 602 en 603. Zie ook De Jongh 2011, p. 608 e.v. Vgl. concl. A-G Bakels onder 2.4 bij HR 21 februari 2003, ARO 2003, 39 (*Viba*), OK 23 juli 2004, ARO 2004, 97 (*Costa Rica Project Management*),

Inleiding

sidiariteit en evenredigheid. Toegepast in het kader van de toetsing van een besluit staat disproportionaliteit voor het uitoefenen van een bevoegdheid tot het nemen van een besluit zonder toereikend belang; noodzakelijkheid of subsidiariteit staat voor de vermijdbaarheid van nadelige consequenties voor derden terwijl het doel van een besluit ook op andere wijze kan worden bereikt; en evenredigheid staat voor de idee dat het positieve effect van een besluit moet opwegen tegen het nadeel of het bezwaar voor anderen.

Onderscheiden moet dan worden naar toepassing van het evenredigheidsbeginsel:

- (1) in de interne verhouding tussen degene(n) die het besluit neemt (nemen) en degene(n) die er door ‘geraakt’ wordt (worden) en de in die relatie binnen de rechtspersoon betrokken belangen (een ontslagbesluit ten aanzien van een bestuurder kan voor de kwaliteit van de interne leiding aanzienlijke betekenis hebben);
- (2) de buiten de rechtspersoon betrokken belangen (bijvoorbeeld het inkomensbelang van de bestuurder);
- (3) de bij direct extern gerichte besluiten – dus besluiten die als rechtshandeling direct tot een wederpartij zijn gericht – betrokken belangen (zie artikel 2:16 lid 2 BW; welke rechtshandelingen als handelingen van de rechtspersoon zijn te beschouwen);
- (4) bij overige besluiten door een meerderheid genomen binnen het daartoe bevoegd orgaan die immers aan de rechtspersoon worden toegerekend. Daardoor gaat het ook om zorgvuldigheid die de rechtspersoon ten opzichte van de minderheid en/of andere betrokkenen heeft te betrachten.¹²²

In het voorbeeld van de oproepingsbrief zou het doorzetten van een aandeelhoudersvergadering als de belangen van de niet verschenen aandeelhouder door het nemen van besluiten getroffen worden, zonder dat bij die besluiten voldoende belang bestaat, disproportioneel kunnen zijn. Zou het niet verdagen van de vergadering terwijl daar mogelijkheid toe bestaat kunnen betekenen dat onvoldoende rekening wordt gehouden met het bestaan van een redelijk alternatief (subsidiariteit).¹²³ En zouden alleen zeer dringende besluiten – dus besluiten die geen

OK 2 september 2004, ARO 2004, 107 (*Getronics*), OK 31 december 2009, ARO 2010, 6 (*Inter Access Groep*), r.o. 3.9 en r.o. 3.16.

¹²² OK 30 mei 2006, ARO 2006, 105 (*B.W.I.*), r.o. 3.4.

¹²³ OK 8 april 2009, ARO 2009, 61 (*LogiSpring Holding*).

uitstel kunnen lijden¹²⁴ – wel genomen mogen worden, maar zal nog steeds rekening dienen te worden gehouden met de belangen van de niet aanwezige aandeelhouder en/of eventueel ander betrokken belangen (naar evenredigheid).¹²⁵ Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat het niet steeds zo is dat het enkele niet nagekomen zijn van de verplichting tot – het besluit mogelijk beïnvloedend – overleg met zich brengt dat het besluit niet in stand kan blijven.¹²⁶ Deze laatste zijn overigens afwegingen die laten zien dat toepassing van het evenredigheidsbeginsel beperkt kan blijven tot de interne verhoudingen. Het sluit aan op – bevordert – de (mogelijkheid van) partiële vernietiging van besluiten.¹²⁷

Als de aandeelhouder die het besluit dan doorzet dat zorgvuldig doet – op basis van een oproepingsbrief met deugdelijke agenda en toelichting,¹²⁸ onder afweging van belangen, inzicht gevend in gemaakte keuzes, rekening houdend met eventuele nadelige consequenties voor de mede aandeelhouders en met de mate waarin die consequenties herstelbaar zijn,¹²⁹ onder goede informatie, in aanmerking nemend wat de andere aandeelhouder al weet en wat hij niet weet,¹³⁰ schriftelijk en onderbouwd door relevante documentatie,¹³¹ dus gemotiveerd,¹³² maar met behoud van autonomie en van vrijheid om voor en tegen af te wegen,¹³³ i.e. de toepassing van een soort ‘business judgement rule’¹³⁴ voor de aandeelhou-

¹²⁴ HR 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 (*Mante*), Hof Den Haag 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (*Reynders/McKinney*).

¹²⁵ HR 9 januari 1987, NJ 1987, 959, concl. A-G Mok, nt. Maeijer (*Vecolac/Juliana*), OK 8 april 2009, ARO 2009, 61 (*LogiSpring Holding*), OK 26 augustus 2009, ARO 2009, 131 (*Executives*), OK 27 mei 2010, ARO 2010, 92, JOR 2010, 89, nt. Stevens (*PCM*).

¹²⁶ Vgl. OK 21 januari 2002, ARO 2002, 19 (*HBG*), r.o. 3.56, OK 26 juni 2002, ARO 2002, 146 (*Laurus*), r.o. 3.2 - 3.13.

¹²⁷ HR 9 januari 1987, NJ 1987, 959, concl. A-G Mok, nt. Maeijer (*Vecolac/Juliana*).

¹²⁸ OK 4 februari 2008, ARO 2008, 38 (*Focwa*).

¹²⁹ HR 9 januari 1987, NJ 1987, 959, concl. A-G Mok, nt. Maeijer (*Vecolac/Juliana*), OK 22 november 2007, ARO 2007, 189 (*Zondervan Beheer*).

¹³⁰ Concl. A-G Timmerman onder 3.3 - 3.9 en 3.15 - 3.18 bij HR 1 september 2006, ARO 2006, 160 (*Emba*).

¹³¹ Vgl. voor een treffend voorbeeld van de indruk die Ondernemingskamer overhoudt aan een niet deugdelijk gemotiveerde salarisverhoging OK 19 juli 2005, ARO 2005, 118 (*Bouwbuuro*), r.o. 3.2 Zie ook OK 20 februari 2012, ARO 2012, 28 (*Mojo Theater*).

¹³² OK 2 augustus 2005, ARO 2005, 153 en ARO 2008, 10 (*De Hasker*).

¹³³ OK 2 september 2004, ARO 2004, 107 (*Getronics*), r.o. 3.11 en 3.15, OK 13 juli 2006, ARO 2006, 133 (*Audilux*), r.o. 3.6, OK 17 juni 2008, ARO 2008, 109 (*KPN Narrowcasting*).

¹³⁴ Over de business judgement rule Timmerman 2003, Assink 2006 en 2008, Van Solinge 2010, p. 7, Raaijmakers & Van der Schee 2010, Raaijmakers 2013, p. 15 e.v., OK 24 mei 2007, ARO 2007, 83 (*KBK Beheer*).

der – dan ecarteert hij alvast zoveel mogelijk de mogelijkheid van de andere aandeelhouder om op schending van belang beroep te doen.¹³⁵

Het vinden van recht is in deze gevallen na analyse van de door wet, statuten en contract bepaalde rechtsposities duidelijk ook een vorm van belangenafweging tegen het perspectief van die regelingen.¹³⁶ Vaak geschiedt die afweging in een beoordeling door de rechter achteraf.¹³⁷ Maar ook ‘vooraf’ veronderstelt recht de afweging van belangen, dus ‘actieve reflectie’¹³⁸ op die belangen, zoals van bestuurders, maar soms dus ook van aandeelhouders, en ook van vennoten wordt en mag worden verwacht. Zou het recht een zorgplicht impliceren dan veronderstelt dat ook dat voldoende reflectie op de eigen en andermans positie kan en moet worden worden opgebracht.

Interessant is ook de formele vraag naar de verdeling van de bewijslast. Hoofregel is dat degene die stelt ook moet bewijzen. Stelplicht en bewijslast zullen in het voorbeeld in eerste instantie liggen bij de niet opgeroepen aandeelhouder. Hij zal, als het in zijn optiek van vernietiging van het genomen aandeelhoudersbesluit moet komen, zijn belang conform artikel 2:15 lid 3 sub a BW moeten aantonen.¹³⁹ Hij zal de rechter moeten overtuigen dat de gedragseisen van artikel 2:8 lid 1 BW zijn geschonden doordat de oproepende aandeelhouder de aandeelhoudersvergadering niet heeft verdaagd terwijl daarvoor alle aanleiding bestond en dat het besluit daardoor ex artikel 2:15 lid 1 sub b vernietigbaar is.

Het is dan vervolgens aan de gedaagde aandeelhouder die het besluit heeft ‘doorgedrukt’ om in rechte tegenover eiser, die de vernietiging van het betreffende besluit vordert, ten minste aannemelijk te maken dat het besluit aan de geschetste maatstaven van evenredigheid voldeed. Dat van belangenvermenging¹⁴⁰ en/of van schending van zorgplicht¹⁴¹ geen sprake was. Naarmate dan

¹³⁵ OK 5 augustus 2005, ARO 2005, 167 (*Viba*), OK 23 januari 2009, ARO 2009, 18 (*MGC*), OK 17 februari 2009, ARO 2009, 44 (*Lycos*), OK 26 augustus 2009, ARO 2009, 131 (*Executives*), OK 28 oktober 2009, ARO 2009, 160 (*DWS Holding*).

¹³⁶ Timmerman 2009, p. 13.

¹³⁷ Asser & Vranken 1999, p. 19.

¹³⁸ Van Schilfgaarde 2000, p. 228: ‘*Gerechtigheid is – eenvoudig genomen – iets dat geschiedt. Gerechtigheid geschiedt wanneer de mens aandachtig, gewetensvol, zichzelf overstijgend en daarmee zichzelf offerend, over feitelijke toestanden, waarbij anderen in afhankelijkheid zijn betrokken, oordeelt en daarnaar handelt.*’

¹³⁹ Klein Wassink 2012, p. 70 e.v.

¹⁴⁰ OK 18 januari 2006, ARO 2006, 35 (*Laurus*).

¹⁴¹ OK 28 april 2006, ARO 2006, 73 (*Drukkerij Bevrijding*), concl. A-G Timmerman bij HR 1 september 2006, ARO 2006, 160 (*Emba*), OK 6 mei 2008, ARO 2008, 88 (*Wilmont*), OK 17 februari 2009, ARO 2009, 45 en HR 10 september 2010, ARO 2010, 140, concl. Timmerman (*Butôt Holding*), OK 27 maart 2009, ARO 2009, 58 (*Pine Digital*), OK 29 mei 2009, ARO 2009, 82 (*Broekmans Assurantiën*), OK 29 mei 2009, ARO 2009, 84 (*Triple E*).

het recht evidentier met zich brengt dat een oproepende aandeelhouder die constateert dat zijn mede-aandeelhouder(s) niet verschenen is de vergadering verdaagt, komt het tegenbewijs van aan zorgvuldigheidsmaatstaven te hebben voldaan zwaarder op ‘de aandeelhouder die het besluit doordrukt’ te liggen.

Het voorbeeld laat zien dat goede notie van het belang van deugdelijke besluitvorming maar ook van de bijzondere eigenaardigheden van besloten leden verhoudingen binnen de rechtspersonenrechtelijke orde consequenties kan hebben bij stelplicht en bewijslastverdeling. Het gaat dan om rechtsvinding, zowel materieel als formeel.

Het voorbeeld laat voorts zien dat bij analyse van de rechtsverhouding tussen de beide aandeelhouders en voor de vraag of besluiten nietig of vernietigbaar zijn niet alleen expliciete wettelijke normen (de artikelen 220 tot en met 230 van afdeling 4, Titel 5 van Boek 2 BW), maar minstens zo belangrijk ook open normen (maatschappelijke/vennootschappelijke zorgvuldigheid en betamelijkheid als tot uitdrukking komende in het belang van zorgvuldige besluitvorming) een rol spelen.

Het laat tot slot – eveneens voor de hand liggend – zien dat ieder aandeelhouderschap, als bijzondere vorm van ‘lidmaatschap’, relationeel bepaald is, dus in relatie staat tot andere rechtssubjecten, waaronder de rechtspersoon, al vanaf het moment van de aanvaarding er van,¹⁴² welk relationele karakter anders van aard is in besloten verhoudingen dan in open verhoudingen. In al die relaties gelden de gedragseisen van redelijkheid en billijkheid.¹⁴³ In al die relaties gelden (dus) ook zorgvuldigheidsplichten, zij het dat de inhoud zeer kan verschillen.

De casus rond de oproepingsbrief is een voorbeeld, maar niet een uitzonderlijk voorbeeld. De praktijk laat honderden varianten zien alsook dat het iedere keer opnieuw gaat om analyse van de aard en inhoud van de concrete rechtsverhouding(en) en de daarbij betrokken belangen. Dat laat ook de jurisprudentie over aansprakelijkheids- en enquêterecht zien. Welke elementen daarbij een rol spelen als het gaat om conflicten in besloten verhoudingen en welke rol de opzegging daarbij speelt, is onderwerp van dit boek.

¹⁴² Uit de overwegingen in OK 27 mei 1999, JOR 1999, 121 (*Gucci*) blijkt dat ook gedragingen van de aandeelhouder die belangrijke zeggenschap *wenst* te verkrijgen meegenomen kunnen worden als grondslag voor een enquêteonderzoek.

¹⁴³ Zie hierover kritisch Slagter 2012/2.

9. Begripsomschrijvingen

Onder actie of rechtsvordering wordt in het navolgende verstaan de door de wet gelegitimeerde bevoegdheid van een voldoende belanghebbende om door inschakeling van een rechter of arbiter bij schending van een uit wet, statuten of contract voortvloeiende norm de handhaving (door positieve nakoming, een verbod, etc.), sanctionering (in de vorm van schadevergoeding, schorsing, ontbinding, vernietiging, etc.) of een andere maatregel (in de vorm van gedwongen overdracht van aandelen, de benoeming van een onderzoeker in het enquête-recht, etc.) naar aanleiding van de schending ervan af te dwingen.

Onder open normen worden ondermeer verstaan die van de goede trouw, die van artikel 2:8 lid 1 BW en die van artikel 2:9 BW.¹⁴⁴ Deze normen zijn op zichzelf als norm wel exact, maar laten door het gebruik van open begrippen – meer dan volgens sommigen normaal al bij woorden te doen gebruikelijk¹⁴⁵ – ruimte voor uitleg en weging van de in de verschillende opzichten bij de naleving van die normen betrokken belangen. In zoverre sommigen volhouden dat probleem hierbij is dat woorden nooit duidelijk zijn, wordt hierna voor de term ‘open’ het criterium aangehouden dat een begrip (een woord, een zin, een bepaling) ‘open’ is, dus voor meerderlij uitleg vatbaar, indien en zolang een advocaat met een reële kans op succes voor een rechter kan volhouden dat een begrip multi-interpretabel is en dat dat relevant is voor de inhoud van een rechtsverhouding of voor de vaststelling van verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid. Of, en zo ja, in hoeverre, een begrip daadwerkelijk ‘open’ is hangt vervolgens af van allerlei factoren en regels waaronder die van bewijsrecht als neergelegd in artikel 149 Rv e.v., en staat ter uiteindelijke beoordeling aan de rechter of arbiter.¹⁴⁶

Het begrip ‘belang’ is in deze zin dus open. Ook ‘bestuur’¹⁴⁷ of ‘wanbeleid’ zijn open begrippen.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Timmerman 2005, p. 5.

¹⁴⁵ Schoordijk 1979, p. 21 e.v., m.n. p. 41, waar hij I. Kisch, R.M. Themis 1955, p. 137 aanhaalt: ‘woorden zijn nooit duidelijk’. Drilsma 1975, p. 73 e.v.: ‘geen computer zou ooit tot de ruime formulering van het begrip ‘onrechtmatig’ in art. 1401 B.W. kunnen komen; geen computer zou het bezitloos zekerheidsrecht op roerend goed tot ontwikkeling hebben gebracht.’ Maeijer 1984, p. 252/253, 1990, p. 316/317.

¹⁴⁶ HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (*Bunde Erckens*).

¹⁴⁷ Verwezen wordt naar de bekende Korenschoof casus als beschreven door Van der Grinten (in ‘De regels van het spel’, Van der Grinten 1961, p. 173, Noldus 1969, p. 147), waarin het ging om de vraag of de bevoegdheid om te besluiten over de overdracht van een (belangrijk) deel van de onderneming van een N.V. toekomt aan het bestuur, of voorbehouden is aan de aandeelhoudersvergadering. Deze discussie is mogelijk doordat algemene termen als ‘bestuur’ en de ‘restbevoegdheid’ van de aandeelhoudersvergadering ruimte laten voor uitleg. De actie die in een voorkomend geval aan een aandeelhoudersvergadering toekomt als het bestuur zich zekere bevoegdheid ten onrechte toe-eigent, is niet ontleend aan een open norm, maar aan inhoudelijke argumentatie inzake

De overige ruimte voor interpretatie, *naast* ruimte die voortvloeit uit het gebruik van open normen of begrippen die ontstaat doordat de wetgever of partijen bij een rechtsverhouding ten aanzien van die rechtsverhouding in wet, statuten, contract of reglement, etc. niet alles uitputtend geregeld hebben (of het nu gaat om vergeten zijn, om niet kunnen of niet willen), wordt hierna geduid als ‘systeemruimte’. Van systeemruimte of een lacune is bijvoorbeeld sprake in het arrest van de Hoge Raad van 11 januari 2008, RAV 2008, 26 (*Harendorp/Kooij en Van Aerle*) waar het ging om de vraag of een overeenkomst kan worden ontbonden indien partijen gelijktijdig moeten presteren en zij beiden in de nakoming van hun verplichtingen tekort schieten. Het arrest is een voorbeeld van rechtsvorming door de Hoge Raad omdat de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis niet aan dit voorbeeld had gedacht en jurisprudentie inzake deze lacune in de regeling van het verzuim op dat moment ontbrak.¹⁴⁹ Een ander voorbeeld – enigszins vergelijkbaar – is dat waarin aandeelhouders elkaar over en weer trachten uit te stoten en ze beiden even verwijtbaar handelen.¹⁵⁰

Onder de ‘B.V. of N.V.-quasi V.O.F.’ wordt verstaan de B.V. of N.V. die materieel kwalificeert als een besloten verhouding. Zo zijn er N.V.’s waarin bij de oprichting de samenwerking in een maatschap werd ingebracht en die door de afspraken tussen de aandeelhouders kwalificeren als besloten.¹⁵¹

Onder bemiddelaar wordt verstaan eenieder – advocaat, rechter, arbiter, mediator – die op enig moment gedurende korte of langere tijd om reden van conflict-beheersing aan bemiddeling doet.

De rechtspersoon is iedere rechtspersoon. De Boek 2 BW-rechtspersoon is – het zal niet verbazen – de rechtspersoon die in Boek 2 BW is geregeld.

De besloten ledenverhouding wordt in de hoofdstukken 1, 2 en 3 gedefinieerd.

de verdeling van bevoegdheden, die mogelijk is doordat door de wetgever gebruikte open begrippen zoals ‘bestuur’ – noodzakelijkerwijs in verband met de wenselijke flexibiliteit – ruimte voor discussie laten.

¹⁴⁸ Concl. A-G Wesseling-Van Gent sub 3.41 bij HR 18 april 2003, ARO 2003, 80 (*RNA*). Timmerman 1988, p. 337 e.v.

¹⁴⁹ Vgl. ook OK 21 januari 2002, ARO 2002, 19 (*HBG*), r.o. 3.56 ten eerste.

¹⁵⁰ Een situatie waaraan Bulten refereert in haar noot OK 30 maart 2010, JOR 2010, 221 (*B.E.K. Holding/De B. Holding en Klarenbeer Beheer*). Ook Bulten 2011/1, p. 64, 310 en nt. Raaijmakers AA 1989, p. 854 bij OK 20 april 1989, NJ 1991, 205 (*Best Golf & Country*). Van der Sangen 2008, p. 6.

¹⁵¹ Raaijmakers 1991, p. 213, Van Duuren 2002, p. 7 e.v. HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694, nt. Macijer, nt. Raaijmakers, AA 1997, 4, nrs. 4 - 6 (*Lampe/Videoworks*).

10. Verantwoording

Centrale thema van dit boek binnen de algemene vraagstelling is om hierna verder toe te lichten redenen de opzegging, in het bijzonder de variant van de scheidingsmelding, en wel in gevallen dat beëindiging van de ledenverhouding niet simpel kan worden gerealiseerd door aanbidding en verkoop van de aandelen of door simpele uittreding of inkoop.

Opzegging is bij uitstek de rechtshandeling gericht op de beëindiging van de in de tweede alinea van dit boek beschreven besloten verhoudingen, of althans de rechtshandeling die normaal gesproken – met gezond verstand en zonder al te veel juridisch-dogmatische ballast beschouwd – in die gevallen tot de voor de hand liggende consequentie van beëindiging zou moeten (kunnen) leiden.

Daarnaast wordt in dit boek ingegaan op andere met opzegging of de consequentie daarvan gelijk te stellen rechtshandelingen, bijvoorbeeld besluiten tot ontbinding van een rechtspersoon, of besluiten tot ontzetting van een lid, of de schorsing of het ontslag van een bestuurder, en op feitelijk gedrag waaruit om andere redenen expliciet of impliciet (redelijkerwijze) kan, moet of mag worden afgeleid dat de wil tot instandhouding van de besloten verhouding is komen te ontbreken, zoals bijvoorbeeld in het geval dat een aandeelhouder evident inbreuk maakt op de uitgangspunten van de samenwerking met de andere aandeelhouder, bijvoorbeeld door het plegen van concurrentie.

Reden voor de keuze van het thema van de opzegging is allereerst de eenvoud er van, althans zo lijkt op het eerste gezicht, maar reeds de tweede paragraaf van deze inleiding laat zien dat het zo simpel niet ligt. Het rechtspersonenrecht heeft zich om conceptuele redenen van dit simpele thema ver verwijderd. Wellicht is dat niet in alle opzichten terecht. De praktijk laat in elk geval zien dat soms behoefte bestaat de kaders voor ‘het van elkaar af kunnen’ duidelijker in beeld te hebben, vooral als zaken niet of niet goed geregeld zijn.

De tweede reden is dat op opzegging in de vorm van uittreding en uitstoting in de literatuur zeker wordt ingegaan en zelfs uitgebreid,¹⁵² maar niet steeds binnen het brede bestek van het personenvennootschaps- en rechtspersonenrecht en niet binnen dat brede bestek op de relatie met andere binnen het ondernemingsrecht mogelijke acties.

Ten derde geldt dat de thematiek van de opzegging zich goed leent voor variatie – voor belichting van geschillen in besloten ledenverhoudingen vanuit allerlei invalshoeken, met de formele opzegging met wat voor effect ook – beëindiging, herroeping, uitstoting, uittreding, schorsing, ontslag – ergens midden in dat

¹⁵² De Kluiver 2007 en 2010, Bulten 2005, 2007, 2011 en 2012.

spectrum, en voor het stellen van allerlei vragen. De vraag naar de mogelijkheid en rechtsgevolgen van opzegging – leidt opzegging nu bijvoorbeeld wel of niet tot ontbinding? – is dan een soort toetsvraag, als het ware een ‘meetlat’.

Tegelijk is opzegging zelf voorwerp van onderzoek. Het zou wel eens zo kunnen zijn dat opzegging, als rechtshandeling traditioneel geschikt en bedoeld voor de beëindiging van meerpartijen duurovereenkomsten, in verhoudingen waar een rechtspersoon is betrokken eens goed moet worden afgestoft en opgepoetst, mede in het perspectief van de invoering van de flex-regeling per 1 oktober 2012 en de wijzigingen per die datum van de wettelijke geschillenregeling en per 1 januari 2013 van het enquêterecht.

Ten vierde – uitgaande van die meetlat – is het voor de praktijk interessant of de flex-regeling de mogelijkheid van opzegging tussen aandeelhouders faciliteert. Is het met andere woorden mogelijk om statuten van een flex-B.V. zodanig in te richten dat opzegging als rechtshandeling gevolgd wordt door in de statuten vastgelegd rechtsgevolg van de uitstoting of uittreding van een in de besloten samenwerking betrokken aandeelhouder? Of juist niet? Zo ja, op welke wijze, en op welke wijze staat die regeling dan in verhouding tot de wettelijke geschillenregeling op het vlak van arbitrage en de mogelijkheid van benadering van de Ondernemingskamer als bedoeld in artikel 2:337 lid 2 BW¹⁵³ – dat bepaalt dat in

¹⁵³ Rapport Kools/Kroeze 2009, p. 46 e.v. Zie voor minnelijke regelingen voor de Ondernemingskamer in de periode van ongeveer 1999 tot 1 januari 2013: OK 12 november 1999, JOR 1999, 137 (*Directie AGV*), OK 20 september 2001, JOR 2001, 226 (*Bot Bouw*), OK 15 april 2004, JOR 2004, 162 (*Maruna*), OK 10 mei 2004, ARO 2004, 70 (*Willem III Meubilering Beheer*), OK 16 september 2004, ARO 2004, 116 (*Dutch Waste Solution*), OK 23 december 2004, ARO 2005, 3 (*C&P USA Parts*), OK 20 januari 2005, ARO 2005, 16 (*Thematec*), OK 2 februari 2005, ARO 2005, 25 (*SCUA Holding*), OK 11 februari 2005, ARO 2005, 28 (*A.C.I.*), OK 25 maart 2005, ARO 2005, 59 (*Euroyal*), OK 20 juni 2005, ARO 2005, 97 (*Firma W. van 't Hart & Zonen Holding*), OK 23 juni 2005, ARO 2005, 100 (*Crux Engineering*), OK 7 juli 2005, ARO 2005, 116 (*GHL Industries*), OK 14 juli 2005, ARO 2005, 125 (*Makelaardij Huis 77*) (in kader liquidatie), OK 14 juli 2005, ARO 2005, 140 (*Happy Hour*), OK 28 juli 2005, ARO 2005, 142 (*Models-Int*), OK 8 september 2005, ARO 2005, 176 (*Thematec*), OK 6 juli 2006, ARO 2006, 129 (*Bebesbe*), OK 26 oktober 2006, ARO 2006, 180 (*VLZ*), OK 26 april 2007, ARO 2007, 96 (*Marish Holding*), OK 19 juli 2007, ARO 2007, 129 (*ITIS*), OK 29 november 2007, ARO 2008, 29 (*K&H*), OK 2 oktober 2008, ARO 2008, 161 (*Maxwell Holding*), OK 24 september 2009, ARO 2009, 149 (*THB*), OK 1 oktober 2009, ARO 2009, 156 (*PB Holding*), OK 7 januari 2010, ARO 2010, 16 (*Rubalas*), OK 4 februari 2010, ARO 2010, 34 (*VP Taxatie*), OK 7 januari 2010, ARO 2010, 40 (*Helmers Beheer*), OK 22 april 2010, ARO 2010, 67 (*Plus Equipment*), OK 22 april 2010, ARO 2010, 69 (*Jacobi*), OK 24 juni 2010, ARO 2010, 103 (*Step Nederland*), OK 2 september 2010, ARO 2010, 137 (*J.T.B. Beheer*), OK 30 september 2010, ARO 2010, 149 (*VDB*), OK 28 oktober 2010, ARO 2010, 164 (*HvZ*), OK 9 december 2010, ARO 2011, 2 (*Installatiebedrijf*), OK 20 januari 2011, ARO 2011, 21 (*KBK Beheer*), OK 3 februari 2011, ARO 2011, 31 (*PDHK*), OK 24 februari 2011, ARO 2011, 48 (*Sjiena*), OK 10 maart 2011, ARO 2011, 51 (*de vennootschap*), OK 14 april 2011, ARO 2011, 72 (*Mulix*), OK

de statuten of een overeenkomst kan worden opgenomen dat geschillen als bedoeld in de wettelijke geschillenregeling dadelijk ter kennis worden gebracht van de Ondernemingskamer of aan arbitrage worden onderworpen,¹⁵⁴ dan wel anderszins wordt afgeweken van de rechterlijke bevoegdheid als geregeld in artikel 2:336 leden 3 en 5 BW? En tot de benoeming van deskundigen zoals in de wettelijke geschillenregeling te doen gebruikelijk als bedoeld in artikel 2:339 lid 1 BW? En tot de eigen statutaire waarderingsregeling of -maatstaf als bedoeld in artikel 2:339 lid 2 en lid 3 BW?

Ten vijfde is duurzame ontwrichting een ultieme vorm van ‘derogatie’ en kan de scheidingsmelding dat zijn: de uiterste consequentie van het voorbijgaan aan alles wat betrokkenen in een besloten verhouding in aanvang van elkaar en van die verhouding verwachtten. Bijvoorbeeld in de situatie dat aandeelhouders in de statuten ex artikel 2:195 lid 3 BW hebben geregeld dat zij gedurende een bepaalde termijn de aandelen juist niet kunnen overdragen en zij daarin ook hebben uitgewerkt dat zij gedurende die periode de samenwerking niet door opzegging kunnen beëindigen en nadien juist wel, in een combinatie met de bekende ‘tag’ en ‘drag along’ en andere prijsbepalingsregels.¹⁵⁵ Wat als binnen die periode juist wel wordt opgezegd?¹⁵⁶ Hoe dwingend moet de reden voor opzegging dan zijn? Wat zijn de rechtsgevolgen van zo’n scheidingsmelding?

In het verband van deze ‘derogerende’ werking van de opzegging (dus het voorbij *kunnen* gaan aan alles wat betrokkenen in een besloten verhouding in aanvang van elkaar en van die verhouding verwachtten) is dus relevant de betekenis van de opzegging als scheidingsmelding. Of ook: is relevant de betekenis van de scheidingsmelding die aan de opzegging vooraf gaat of kan gaan. De kwaliteit van de scheidingsmelding kan de acceptatie van de opzegging vergroten.

Ten zevende: wat betekenen de mogelijkheden van de invoering van de flexregeling, wat betekent contractsvrijheid voor de partij die over de mogelijkheden die wet, statuten en contract bieden om zaken zelf te regelen juist niet of minder goed heeft nagedacht? Kan die in voorkomende gevallen tegengeworpen krijgen dat hij – waar de mogelijkheid bestond – het maar (beter) had moeten regelen?

26 mei 2011, ARO 2011, 86 (*Effice*), OK 14 juli 2011, ARO 2011, 124 en OK 26 juli 2011, ARO 2011, 125 (*Toeleiding Naar Arbeid*), OK 29 september 2011, ARO 2011, 149 (*Signaal Lichtreclame*), OK 13 oktober 2011, ARO 2011, 165 (*Seijsener Beheer*), OK 3 november 2011, ARO 2011, 169 (*Dracon-Eltron*), OK 20 oktober 2011, ARO 2011, 171 (*Faxgids*), OK 10 november 2011, ARO 2011, 175 (*Act4Result*).

¹⁵⁴ Over die verhouding De Mol van Otterlo 2010 onder 1.5 en 2.

¹⁵⁵ Zaman & en Groenland 2009, p. 173/174, Steins Bisschop 2010, p. 51 e.v., De Vries 2012, p. 101, Schwarz 2012, p. 53/54.

¹⁵⁶ Bulten 2012, p. 2.

Daar zijn voorbeelden van¹⁵⁷ en het is de vraag of – hoewel de tegenwerping mogelijk juridisch terecht – dat leidt tot de betere vormen van conflictbeheersing, als dat een belang is.¹⁵⁸

Tenslotte is de vraag naar de mogelijkheid en rechtsgevolgen van opzegging in besloten verhoudingen er een die de problematiek van geschillen in die verhoudingen zowel theoretisch als praktisch op scherp stelt: is opzegging van een besloten ledenverhouding mogelijk? Als exit niet mogelijk is? Zo nee, waarom niet? Zo nee, wat zijn dan de consequenties van een (rauweljkse) scheidingsmelding? Of daarmee gelijk te stellen gedrag? Kan opzegging van een besloten verhouding alleen geschieden door gebruik te maken van in de wet geregeld uitstotings- en uittredingsvarianten? Of alleen als dat statutair of contractueel geregeld is? Indien opzegging van een besloten verhouding wel mogelijk is, welke rechtsgevolgen zijn daar dan aan verbonden? Is de mogelijkheid van opzegging slechts voorbehouden aan betrokkenen in contractuele relaties? Welke belangen zijn betrokken? Bestaat ruimte voor belangenafweging? Welke verantwoordelijk- en gehoudenheden spelen rondom de opzegging? Moet aan opzegging een waarschuwing vooraf gaan? Is opzegging toetsbaar? Waaraan? In welke vorm dient opzegging te geschieden?

Verder: hoe verdraagt het veronderstelde ‘eigendom’ van het aandeel of het feit dat op aandelen kapitaal is of moet worden gestort zich tot opzegging? Moet bij geschillen wel van ‘eigendom’ worden uitgegaan? Hoe verhoudt het fenomeen van de rechtspersoonlijkheid zich tot opzegging? Hoe het fenomeen van het lidmaatschap? Hoe verhoudt opzegging zich tot mogelijke acties? Hoe verhouden die acties zich tot de bij de mogelijkheid van opzegging betrokken belangen? Hoe tot persoonlijke verbondenheid en aansprakelijkheid? Hoe tot het enquêterecht? En tot slot: is te kunnen opzeggen een actie? Of zijn er acties die leiden tot met opzegging vergelijkbare consequenties? Of tot de bevestiging ervan? Als opzegging de rechtshandeling is, is de actie dan het aan de rechter gerichte verzoek om een verklaring voor recht dat geldig werd of kan worden opgezegd?

De toetsvraag naar de mogelijkheid van opzegging en de daaraan verbonden rechtsgevolgen is, voor zover de wet opzegging in welke vorm dan ook niet regelt, een vraag die nauw verbonden is met de vraag welke betekenis open normen, begrippen en systeemruimte in relatie tot de opzegging hebben. Het is mogelijk ook een vraag waarvan het antwoord de bedoelde ‘interne samenhang’ binnen het systeem van het ondernemingsrecht in brede zin (mede) laat zien.

¹⁵⁷ Rb Arnhem 19 september 2007, JOR 2007, 266 (*Sabelspoort Holding en Hermes Beheer/Laudij Beheer*).

¹⁵⁸ Willems 2011/2, p. 150.

11. Doel

Doel van het onderzoek in dit boek is aldus vierledig.

Ten eerste is doel – ruimer – door de beschrijving ervan inzicht te krijgen in de betekenis van de positieve samenhang tussen open norm, belang en actie, en daarmee ook in de betekenis van de samenhang tussen belang en verweer, binnen de systematiek van het ondernemingsrecht.

Ten tweede is doel – binnen de eerste doelstelling – inzicht te krijgen in de betekenis van verondersteld belang bij opzegging ('te kunnen opzeggen' in boven omschreven brede betekenis maar anders dan tot uitdrukking komend in de simpele overdracht van het aandeel- of ledenbewijs of de simpele uittreding) in relatie tot met het belang bij opzegging in breder perspectief samenhangende rechtshandelingen te weten onder meer die tot schorsing, ontslag, ontzetting, herroeping, etc., maar ook de acties gericht op positieve nakoming, de aantasting van besluiten of het voorkómen of vergoed krijgen van schade, en tot de mogelijkheden van de wettelijke geschillenregeling en het enquêterecht.

Ten derde ligt in de opzet van dit boek besloten de vraag wat een rechter, arbiter of mediator met kennis van het voorgaande bij conflictbeheersing – bijvoorbeeld bij bemiddeling – in voorkomende geschillen concreet kan en op welke momenten. Dit boek heeft met dit laatste dus ook een zekere formele of procedurele component, namelijk als het gaat om gebruik van kennis van de materiële relatie tussen open norm, belang en actie bij het regelen of beheersen (objectief door de wetgever of rechter/subjectief door partijen zelf) of al bemiddelend oplossen van geschillen in besloten ledenverhoudingen.

Natuurlijk laat de laatste vraag zich niet steeds met behulp van objectieve maatstaven beantwoorden. De praktijk leert dat geen casus dezelfde is en dat geldt ook voor het soms kort durende momentum waarbinnen bemiddeling succesvol kan zijn. Dat staat niet in de weg aan het doen van tenminste een poging tot het verder in kaart brengen.

Deze drie vragen worden gesteld mede in het perspectief van de vierde vraag, namelijk of over de volle breedte van het ondernemingsrecht aan de hand van het onderwerp een zodanige 'interne' samenhang is te ontwaren dat aan de hand daarvan één geschillenregeling voor besloten verhoudingen kan worden ontworpen, als dat al nodig is.

In het navolgende wordt in hoofdstuk 1 eerst het onderzoeksgebied beschreven en aan de hand daarvan de verdere opzet van dit boek.

HOOFDSTUK 1

ONDERZOEKSGBIED

‘Eerste schets’

Inleiding

De in de inleiding geformuleerde doelstellingen zijn ambitieus alleen al vanwege de in de praktijk bestaande enorme variëteit aan feitelijke en rechtsverhoudingen die zich in besloten verhoudingen voordoet.¹⁵⁹ Die variëteit zal dus op de een of andere manier in een bepaalde opzet moeten worden ‘gevangen’. Dat gebeurt in eerste aanzet in dit hoofdstuk door het beschrijven en verder inkaderen van het onderzoeksgebied en krijgt daarna vervolg, in het bijzonder in hoofdstuk 3.

Het uitgangspunt voor deze benadering kan niet anders dan liggen in het dwingende karakter van Boek 2 BW. Wegens dat dwingende karakter wordt in het navolgende in paragraaf 1.1 eerst ingegaan op de betekenis daarvan voor het functioneren van Boek 2 BW-rechtspersonen.

Aan de hand van de vervolgens in paragraaf 1.2 te onderscheiden functies van wet en statuten voor Boek 2 BW-rechtspersonen worden aan het einde van die paragraaf de verschillende typen van acties in die rechtspersonenrechtelijke context onderscheiden.

In paragraaf 1.3 komt aan de orde de betekenis van het lidmaatschap beschouwd als ‘koppeling’ tussen enerzijds het door het lid ervaren subjectief belang en anderzijds de door hem in de rechtspersoon via het stemrecht of op andere wijze uit te oefenen zeggenschap en de onder dekking van de (doelomschrijving van de) rechtspersoon uit te oefenen activiteiten.¹⁶⁰ In paragraaf 1.3 komt ook aan de orde de vraag in hoeverre het wettelijke systeem voor het nemen van invloed via het lidmaatschap ruimte laat, dan wel daartoe verplicht en hoe zich dat verhoudt tot de mogelijkheid van het instellen van acties binnen en met de rechtspersoon zoals die acties in paragraaf 1.2 zijn geschetst.

¹⁵⁹ Van Schilfgaarde 2003, p. 639.

¹⁶⁰ Vgl. Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/10.

Het gaat hierbij in paragraaf 1.3 allereerst om de analyse van het karakter van het fenomeen lidmaatschap. Deze analyse is voor het doorgronden van de juridische problematiek rond geschillen in besloten ledenverhoudingen en in het bijzonder als het gaat om de betekenis en rechtsgevolgen van scheidingsmelding en opzegging om tenminste vijf redenen essentieel.

Ten eerste vloeit de noodzaak tot analyse voort uit de in de tweede alinea van dit boek terloops gemaakte opmerking dat ontwrichting van een besloten verhouding zodanig kan zijn dat het uiteengaan van partijen is geïndiceerd.¹⁶¹ De vraag is dan hoe dit ‘geïndiceerd zijn’ zich verhoudt tot het karakter van het lidmaatschap en de inhoud daarvan.

Is bijvoorbeeld het lidmaatschap van twee ruziënde aandeelhouders ten opzichte van ‘hun’ B.V. zodanig anders van aard dan de positie van man en vrouw bij een naderende echtscheiding ten opzichte van hun huwelijksgemeenschap dat het niet juist is om gevallen van duurzame ontwrichting gelijk te benaderen? Ligt dat ook anders voor leden van een maatschap? Is voor het antwoord het verbintenisrechtelijke karakter van de relatie, het goederenrechtelijke of het rechtspersonenrechtelijke karakter doorslaggevend? Of zit het verschil in het beoogde effect? De echtscheiding en (juridische) splitsing¹⁶² aan de ene zijde¹⁶³ en de uitkoop, uitstoting en/of uittreding aan de andere? En de opzegging van de besloten verhouding in nog een andere hoek? En wat is dan de positie van de ontbinding?

De noodzaak tot analyse van het fenomeen ‘lidmaatschap’ wordt vervolgens ingegeven door de noodzaak misverstand tussen schrijver en lezer over de betekenis van dit voor dit boek zo belangrijk fenomeen te vermijden. Is een partner in een maatschap lid van die maatschap op dezelfde wijze als een aandeelhouder lid is van ‘zijn’ B.V.? Als de kring van personen betrokken in de besloten verhouding precies dezelfde is? En het bestuur aan dezelfde personen opgedragen? Wat betekent het om over een persoon als ‘lid’ van een personenvennootschap of Boek 2 BW-rechtspersoon te praten? Welke zin of rechtsgevolgen heeft dat?

¹⁶¹ OK 16 juli 2007, ARO 2007, 122 (*Technoton*): ‘geen andere gevolgtrekking dan dat de verhoudingen tussen Kalemci en Özgür Holding volledig zijn ontworcht en dat gebleken is dat zij niet meer in staat zijn zich jegens elkander te gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.’ Ook OK 16 oktober 2007, ARO 2007, 165 en ARO 2008, 143 (*AIM Opleidingen*).

¹⁶² OK 4 september 2003, ARO 2003, 136 (*Fletcher Hotel*), OK 28 november 2003, ARO 2003, 184 (*Best Advice Financiële Dienstverlening*), OK 26 april 2007, ARO 2007, 96 (*Marish Holding*).

¹⁶³ Zie voor geval van scheiding echtelieden tevens ieder 50% aandeelhouder en splitsing B.V. OK 26 april 2007, ARO 2007, 96 (*Marish Holding*). Voor splitsing van door gezinsleden gehouden vennootschap OK 10 september 2008, ARO 2008, 155 (*Janssen Holding*).

Ten derde strekt het onderzoek naar het onderwerp open normen, belang en actie bij geschillen in besloten ledenverhoudingen zich uit over de volle breedte van personenvennootschapsrecht en Boek 2 BW-rechtspersonenrecht. Zo al van bijzondere ‘interne samenhang’, bruikbaar voor het ontwerp van één wetboek Ondernemingsrecht zou blijken is het wel zaak tenminste een poging te hebben gedaan om een vergelijking van appels met peren te voorkomen. Die valkuil bestaat in elk geval bij verkeerd of verschillend begrip van het fenomeen lidmaatschap.

Ten vierde vloeit de noodzaak tot analyse van het fenomeen lidmaatschap vanwege het centrale thema van de opzegging voort uit de vraag naar de opzegbaarheid van het lidmaatschap, opzegbaarheid die zich – in de uittredings- en in de uitstotingsvariant – goed lijkt te verhouden met de eerder gememoreerde principiële uitwisselbaarheid ervan. Artikel 2:5 BW – het wat het vermogensrecht aan een natuurlijk persoon gelijk staan en het aldus zelfstandig drager zijn van rechten en plichten – verzet zich principieel niet tegen de uitwisselbaarheid van het lidmaatschap. Integendeel, zo blijkt uit de inleiding, paragraaf 2, maar wel met de nodige gedeeltelijk al weergegeven nuances en kanttekeningen.

Ten vijfde is de noodzaak gelegen in de tekst van artikel 2:336 lid 1 BW:

‘Een of meer houders van aandelen die alleen of gezamenlijk ten minste een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen, kunnen van een aandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt of heeft geschaad, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, in rechte vorderen dat hij zijn aandelen overeenkomstig artikel 341 overdraagt.’

Aandeelhouderschap is ook lidmaatschap. Het artikel refereert aan het schaden van het belang van de vennootschap en wel – volgens de Memorie van Toelichting bij artikel 2:336 BW¹⁶⁴ – door gedragingen ‘als aandeelhouder’. De vraag rijst wat dat betekent en of die beperking terecht is. Daarnaast kan dat schaden tegelijk ook leiden tot toepassing van het enquêterecht. Dat weer leidt tot de vraag welke grondnormen in geval van samenloop met de wettelijke geschillenregeling van toepassing zijn. Die vragen dwingen weer tot analyse van de betekenis van het lidmaatschap, van de aard van de lidmaatschaps- en ledenverhou-

¹⁶⁴ MvT 1984-1985, 18 905, nrs 1-3, p. 16: ‘Het criterium ‘dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld’ moet worden aangelegd aan het gedrag van de aandeelhouder in die hoedanigheid, dus binnen de vennootschap. Het gaat om die gedragingen die ertoe leiden dat het functioneren van de vennootschap in gevaar wordt gebracht omdat de besluitvorming wordt verlamd. Te denken valt aan de situatie dat ten gevolge van de verdeling van aandelen en het ontbreken van bijvoorbeeld een stemovereenkomst de vennootschap lijdt onder voortdurende (familie-)ruzies tussen (directeuren-)aandeelhouders’.

Hoofdstuk 1

ding en de daarin geldende grondnormen, zowel bij de uitleg van de betekenis en strekking van artikel 2:336 lid 1 BW, als bij de uitleg van de betekenis en strekking van artikel 2:350 lid 1 BW:

‘De ondernemingskamer wijst het verzoek slechts toe, wanneer blijkt van gegronde redenom aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen.’

En dus ook bij de betekenis van het begrip ‘wanbeleid’ als bedoeld in artikel 2:355 lid 1 BW.

Hierover gaat paragraaf 1.5 dat een eerste uitgangspunt voor het vervolg van dit boek formuleert.

Paragraaf 1.3 gaat over de situatie waarin en de wijze waarop met aan het lidmaatschap verbonden belang(en) juist wel rekening wordt gehouden door wet, statuten of contract. Paragraaf 1.5 gaat over de situatie waarin die belangen daarin juist niet voldoende tot uitdrukking komen. De link tussen paragraaf 1.3 en 1.5 is gelegen in een analyse in paragraaf 1.4 van de betekenis van het ‘*Haviltex*-criterium’.

Vervolgens komen bij wijze van verdere beschrijving van het onderzoeksgebied in dit hoofdstuk in paragraaf 2 e.v. aan de orde de duurzame ontwrichting als achtergrond voor de opzegging en de rol van open normen en begrippen en van lacunes in het wettelijk systeem (‘systeemruimte’) daarbij. Daarbij zal – gelet op de derde doelstelling van het onderzoek – in paragraaf 2 ook op enkele formele aspecten van voor het onderwerp van dit boek belangrijke procedures zoals de wettelijke geschillenregeling en het enquêterecht worden ingegaan en de daarbij bestaande mogelijkheden tot interventie in de (rechts)verhouding tussen partijen indien sprake is van geschillen.

Gaat het om onderzoek naar de ‘interne samenhang’ in het systeem van het ondernemingsrecht via de thematiek van de samenhang tussen open norm, belang en actie bij geschillen in besloten verhoudingen in verschillende rechtsvormen dan is het belangrijk om na te gaan hoe de verschillende normen (het gaat bij de actie dus om de handhaving van een norm) en de verschillende rechterlijke instanties die die normen toepassen en hun mogelijkheden tot interventie zich tot elkaar verhouden. Dat gebeurt in paragraaf 3 hierna.

Paragraaf 4 gaat in op een viertal uitgangspunten dat de basis vormt voor het vervolg van dit boek, in aanvulling op een eerste uitgangspunt dat wordt geformuleerd in paragraaf 1.5. Paragraaf 5 sluit dit hoofdstuk af met een overzicht van de verdere opzet van dit boek en een verantwoording ten aanzien van de vraag hoe de enorme variëteit aan feitelijke en rechtsverhoudingen die kan wor-

den gekwalificeerd als ‘besloten’ in het vervolg van dit boek kan worden gevangen.

Ieder van de vijf uitgangspunten als geformuleerd in paragraaf 4 gaat vergezeld van een voorbeeldcasus.

1. Lidmaatschapsrecht

1.1 Wettelijke (Boek 2 BW) en statutaire kader

In deze en de volgende paragraaf wordt ingegaan op de betekenis en functie van wet – als dwingend kader – en statuten in relatie tot bij het lidmaatschap betrokken belangen. In de volgende paragrafen komt ook de betekenis van het contract aan de orde. Onderscheiden wordt naar een vijftal functies van wet en statuten waarmee een eerste schets wordt gegeven van het kader waarbinnen en de achtergrond waartegen de samenhang tussen open norm, belang en actie in het ondernemingsrecht speelt. In het vervolg zal blijken dat deze functies ook iets zeggen over het type acties dat mogelijk is binnen de context van Boek 2 BW.

Uitgangspunt hierbij is dat lidmaatschap belang aan zeggenschap binnen de rechtspersoon en/of aan een winstrecht of tenminste een aandeel in het liquidatiesaldo ‘koppelt’. De grondslag voor met dat belang verbonden acties wordt ook binnen het rechtspersonenrecht van Boek 2 BW gevormd door de wet – door specifieke Boek 2 BW-acties zoals die tot de vernietiging van een besluit ex artikel 2:15 BW maar ook door acties daarbuiten zoals die tot nakoming of schadevergoeding. De mogelijkheid tot het formuleren van bijzondere normen wordt door de wet begrensd doordat de dwingende regeling van artikel 2:25 BW bepaalt:

‘Van de bepalingen van dit boek kan slechts worden afgeweken, voor zover dat uit de wet blijkt.’

Waar de mogelijkheid tot het formuleren van bijzondere normen in statuten of contract dus slechts mogelijk is voor zover de wet dat toelaat – en de wet laat dat op plaatsen, zoals bekend, zeker toe – geldt ook dat het verbinden van andere dan uit de wet voortvloeiende acties slechts mogelijk is voor zover de wet daarvoor ruimte laat – en die ruimte biedt de wet niet (zie artikel 6:1 BW).

De invoering van de flex-regeling per 1 oktober 2012 heeft wat betreft het opnemen van verplichtingen en eisen te verbinden aan het aandeelhouderschap als bedoeld in artikel 2:192 lid 1 BW tot een verruiming geleid omdat acties nu ook daaraan kunnen worden gekoppeld. Maar het heeft ook tot gevolg dat bij verwerpen die regelingen een rol kunnen spelen.

Hoofdstuk 1

1.2 Functies

De eerste functie van de wet, relevant voor zowel belang als actie, althans naar de opzet van Boek 2 BW, is die van legitimatie van rechtspersoonlijkheid. Relevant omdat rechtspersoonlijkheid zowel het hebben van eigen belang als het zelfstandig kunnen instellen van acties veronderstelt. Boek 2 BW is in opzet een gesloten systeem en simpel gezegd is in het systeem van Boek 2 BW een rechtsvorm slechts rechtspersoon – en staat die rechtsvorm daardoor ex artikel 2:5 BW wat het vermogensrecht betreft aan een natuurlijke persoon gelijk – als Boek 2 BW dat bepaalt.

Het betekent niet dat rechtspersoonlijkheid niet buiten Boek 2 BW zou kunnen bestaan.¹⁶⁵ Dat laten het ingetrokken Ontwerp Titel 7.13 BW en de regeling van het EESV zien, maar er zijn ook andere, inhoudelijke en betere argumenten voor het bestaan van rechtspersoonlijkheid buiten Boek 2 BW.

Het betekent voorts niet dat steeds formele oprichtingseisen zoals een authentieke oprichtingsakte noodzakelijk zijn. Dat geldt bijvoorbeeld niet voor de informele vereniging¹⁶⁶ die ex artikel 2:26 lid 1 BW rechtspersoon is en die kan bestaan als ‘ledenbestuurde vereniging’, met een eigen, van dat van de individuele leden gescheiden belang.¹⁶⁷ In die vereniging kunnen de leden uit de aard van het lidmaatschap eisen stellen aan de besluitvorming en daardoor toezien op het gescheiden zijn en gescheiden houden van eigen en verenigingsbelang. Die besluitvorming – waarvan het uiteindelijke resultaat – het besluit – wordt toegerekend aan de rechtspersoon – is toetsbaar, zowel in de onderlinge verhouding tussen de leden als in de verhouding tot de rechtspersoon. Beide relaties worden beheerst door eisen van zorgvuldigheid. Boek 2 BW kent gelet op deze redenering – ten onrechte en jammer genoeg – niet de ‘aandeelhoudersbestuurde B.V.’.¹⁶⁸

Over deze eerste functie – de legitimatie van rechtspersoonlijkheid – is veel meer te zeggen en dat gebeurt in hoofdstuk 2, paragraaf 4 en hoofdstuk 3, paragraaf 2 en verder. Op deze plaats in dit boek is dat nog niet noodzakelijk.

In de tweede functie zijn wet (Boek 2 BW) en statuten bepalend voor de interne deelrechtsorde¹⁶⁹ van de rechtspersoon. De idee dat wet en statuten bepalend zijn voor de deelrechtsorde van een rechtspersoon en dat die rechtspersoon in zekere zin los staat van de persoon van de leden komt het sterkst tot uitdrukking

¹⁶⁵ Van Schilfgaarde 1983, p. 70.

¹⁶⁶ Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/20 en 21.

¹⁶⁷ Asser-Van der Grinten II (de rechtspersoon), p. 218.

¹⁶⁸ MvT flex-B.V., TK 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 10.

¹⁶⁹ Van der Grinten, Brenninkmeijer 1973, p. 150, Buys 1992, p. 148, Macijer 2000/1, p. 373, Van Schilfgaarde & Winter 2009, p. 17 e.v., De Jongh 2011, p. 610.

in de zogenaamde institutionele benadering van N.V. en B.V.¹⁷⁰ en van andere Boek 2 BW-rechtspersonen, ook van de ledenbestuurde vereniging, ofschoon de ledenbestuurde vereniging niet over statuten behoeft te beschikken. Wet en statuten hebben in deze functie blijvende gelding in de verhouding tussen de rechtspersoon en degenen die als leden bij zijn organisatie zijn betrokken,¹⁷¹ ongeacht de persoon en de periode waarin die persoon daaraan deelneemt. Het is dus door deze functie dat lidmaatschap principieel uitwisselbaar is.

Wet en statuten regarderden in deze functie al degenen die bij de organisatie van de Boek 2 BW-rechtspersoon betrokken zijn, individueel, maar daardoor ook in samenstelling: de organen van de rechtspersoon en dus ook degenen die daarvan als individueel lid of in een bepaald verband,¹⁷² als meerderheid of minderheid, deel uit maken. Zo is artikel 2:8 lid 1 BW ook gericht tot degenen die als bestuurder of commissaris door de Ondernemingskamer werden benoemd¹⁷³ maar ook tot de minderderheid in haar relatie tot de meerderheid. Statuten hebben bovendien betekenis voor degenen die nog tot die orde toetreden,¹⁷⁴ voor wederpartijen en voor derden.¹⁷⁵

Deze functie is neutraal: het idee van een betrokken belang of van verantwoording speelt (nog) niet.

Het is deze functie – ofschoon nog neutraal begrepen – die naast de maatschappelijke/vennootschappelijke betamelijkheid van artikel 6:162 lid 2 BW een bepaling als artikel 2:8 lid 1 BW nodig maakt. Als wet en statuten gelden voor al

¹⁷⁰ Een greep uit de literatuur over deze benadering: Van der Grinten 1957, p. 37 e.v., Noldus 1969, p. 3 e.v., Slagter 1973, p. 124 e.v., Van Schilfgaarde & Van Solinge 1974, Löwensteyn 1986, p. 1 e.v., p. 10 e.v., Raaijmakers 1987, p. 1 e.v., Van der Grinten 1992, p. 67 e.v., Asser-Maeijer, 2-III, p. 15 e.v., Raaijmakers 1991 en 2009, Pitlo/Raaijmakers 2000, p. 34 e.v., 224 e.v. en 256 e.v., Van Duuren 2002, p. 11 e.v., Van Schilfgaarde 2003, p. 639 e.v., De Kluiver 2008, Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, p. 16 e.v., Van Schilfgaarde & Winter 2009, p. 17 e.v., Slagter 2009/2, p. 95, Raaijmakers & Van der Schree 2010, p. 169 e.v. en De Jongh 2011, p. 609 e.v., Raaijmakers & Van der Sangen 2011 en 2012. Ook r.o. 4.8 Hof in HR 29 november 1996, NJ 1997, 345 (*Van Andel/Chipshol Forward*), nt. Blanco Fernández bij OK 20 mei 1999, JOR 2000, 72 (*Versatel*) en vzt. Rb. Arnhem 10 juli 2009, JOR 2009, 313 (*Delta/Essent*).

¹⁷¹ Vgl. artikel 2:8 BW. Van der Grinten 1957, p. 39, Noldus 1969, p. 134 e.v., Waaijer 1993, p. 3 e.v.

¹⁷² Van Schilfgaarde 1983, p. 73.

¹⁷³ Concl. A-G Wesseling-Van Gent sub 2.51 bij HR 6 juni 2003, ARO 2003, 97 (*Scheipar*).

¹⁷⁴ HR 15 april 1977, NJ 1978, 163, nt. Maeijer (*Staalcom/Neher*), OK 27 mei 1999, JOR 1999, 121, nt. Prinsen (*Gucci*), OK 27 mei 2010, ARO 2010, 92, JOR 2010, 89, nt. Stevens (*PCM*).

¹⁷⁵ Artikelen 2:6 en 7 BW, HR 9 juli 1990, NJ 1991, 51 (*Sluis B.V.*), MvT flex-B.V., TK 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 16. Hamers & Van Vliet 2005, p. 31/32.

degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken in steeds wisselend samengestelde relaties (organen, meerderheid/minderheid), dan moet een correctienorm als artikel 2:8 lid 1 BW aan meer koppelen dan alleen aan het individuele subject, de natuurlijke of rechtspersoon.

De bepaling kan daardoor ook betekenis hebben binnen al die relaties: tussen en binnen ‘organen’ en tussen ‘minder- en meerderheden’ en in alle overige typen van relaties in de deelrechtssorde, iets wat met alleen de maatschappelijke betamelijkheidsnorm als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW minder goed te realiseren valt. Reden hiervoor is dat de onrechtmatige daads-norm, en de aansprakelijkheid als pendant ervan, koppelt aan de natuurlijke of rechtspersoon en niet aan het orgaan, of de minderheid of de meerderheid als zodanig. Er bestaat dus behoefte aan een specifieke lidmaatschaps-norm.

Bovendien levert niet ieder handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid meteen ook een onrechtmatige daad op en brengt de norm van artikel 2:8 lid 1 BW dus ook andere vormen van correctie met zich mee, zoals via artikel 2:15 BW. Het is op dit punt dat in de inleiding, paragraaf 6 naar de opmerking Van Schilfgaarde werd verwezen dat een besluit ten aanzien van een bepaalde betrokkene onbillijk kan zijn, maar toch vanuit een meer algemeen oogpunt van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar.¹⁷⁶ De functie van artikel 2:15 lid 1 sub b BW is ook daarom een andere dan die van artikel 2:8 lid 1 BW. Het kan bij artikel 2:15 lid 1 sub b BW gaan om de vraag of het besluitvormend orgaan bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen.¹⁷⁷ Dat sluit aan op wat in de inleiding al over de toepassing van het evenredigheidsbeginsel werd opgemerkt. Op de onrechtmatigheidsaspecten komt paragraaf 1.5 hierna nog terug.

Wettelijke en statutaire regelingen, zoals regelingen met betrekking tot bevoegdheid, besluitvorming en vertegenwoordiging en zoals geschillenregelingen,¹⁷⁸ knopen in deze benadering bij de duiding van betrokkenen aan bij de rechtspersoon zelf, bij de organen van die rechtspersoon of bij de natuurlijke of rechtspersonen die als leden in de organisatie van de rechtspersoon betrokken zijn, zonder deze door bedoelde uitwisselbaarheid in persoon of bij naam te kunnen duiden.¹⁷⁹

Dit is door de invoering van de flex-regeling niet veranderd. De verplichtingen zijn daar ex artikel 2:192 lid 1 BW verbonden aan het aandeelhouderschap, en

¹⁷⁶ Van Schilfgaarde 1983, p. 73.

¹⁷⁷ Van Schilfgaarde 1983, p. 73.

¹⁷⁸ Artikel 2:337 BW.

¹⁷⁹ Artikelen 2:25, 64/175 lid 1, 81/192, 92/201 BW, HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105, concl. A-G Timmerman (*DSM*).

niet aan de persoon, ofschoon die verplichtingen de persoon van de aandeelhouder vervolgens wel aangaan en binden. En in sommige gevallen gebonden houden ook na uittreden. Het geeft een bijzondere genuanceerde draai aan die verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard.

Deze tweede functie heeft ook gevolg voor de actie: acties in een rechtspersonenrechtelijke context kunnen voorbehouden zijn aan de degene die over de kwaliteit van het lidmaatschap van de rechtspersoon beschikt, al dan niet samen handelend met andere leden. (Toekomstig)¹⁸⁰ lidmaatschap is dan een ontvankelijkheidseis. Wordt het lidmaatschapsrecht uitsluitend bepaald (dus daaraan vorm en inhoud gegeven) door wet (artikel 2:8 BW) en statuten, dan wordt ook de grondslag van aan het (toekomstig) lidmaatschap verbonden acties uitsluitend daardoor bepaald. Wordt het lidmaatschap mede of uitsluitend bepaald door het contract dan geldt dienovereenkomstig voor de grondslag van de verbonden actie.

Interessant zijn situaties waarin sprake is van een zekere overlap – de aandeelhouders die een aandeelhoudersovereenkomst sluiten – en met name ook situaties waarin uit de feiten blijkende consensus, dus waarin niet sprake is van een expliciet schriftelijk contract, het bestaan van een contract zou kunnen worden afgeleid¹⁸¹ en de vraag rijst of wet en statuten die afleiding toelaten. Moeten, bijvoorbeeld, drie aandeelhouders die hun oorspronkelijke samenwerking hebben ingebracht in een B.V. geacht worden geheel afstand te hebben gedaan van de contractuele uitgangspunten die hun aanvankelijke samenwerking beheersten?¹⁸² Wat als die uitgangspunten in meerdere of mindere mate niet sporen met de in de statuten van hun flex-B.V. neergelegde regelingen?

Is sprake van een lacune in wet, statuten en/of contract dan zal recht en mogelijk ook de grondslag voor de actie moeten worden gevonden, bijvoorbeeld in gewoonte, met de belangrijke kanttekening dat verbintenissen slechts kunnen ontstaan voor zover dit uit de wet voortvloeit (artikel 6:1 BW).

De derde functie sluit nauw aan op de tweede. Het in het lidmaatschap belichaamde zeggenschapsrecht koppelt aan de positie en functie van het lid binnen de organisatie van de rechtspersoon. De relatie tussen het lid en de rechtspersoon is zoals Van der Grinten schreef een functionele betrekking.¹⁸³ Het gaat in deze functie om het kunnen functioneren¹⁸⁴ van de rechtspersoon als wat de

¹⁸⁰ OK 27 mei 2010, ARO 2010, 92, JOR 2010, 89, nt. Stevens (*PCM*).

¹⁸¹ HR 2 september 2011, NJ 2012, 75 (*dierenartspraktijk*).

¹⁸² HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers, AA 1997, 4 (*Lampe/Videoworks*).

¹⁸³ Asser-Van de Grinten II (de rechtspersoon), p. 38-40, 216, Van der Sangen 1999, p. 141 e.v., Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/14.

¹⁸⁴ Huizink 2009, p. 4.

rechtspersoon in de kern is: een fictie die wat het vermogensrecht betreft aan een natuurlijk persoon gelijk staat.¹⁸⁵

Die fictie functioneert – kan rechtshandelingen verrichten – door de in de wet en statuten opgenomen regels inzake de oprichting ervan en die aangaande bevoegdheid, besluitvorming en vertegenwoordiging inzake aangelegenheden de rechtspersoon betreffende. Hierbij gaat het om de vraag naar het ‘waarom’ van het bestaan van de deelrechtsorde, die gelijk staat aan de vraag naar de functie ervan: het wat het vermogensrecht betreft gelijk kunnen staan aan een natuurlijke persoon, en het dus moeten kunnen verrichten van rechtshandelingen. Dit kan het hebben van ‘belang’ impliceren voor zover dat vermogensrechtelijk gezien relevant is, zowel aan de zijde van het lid, als aan de zijde van de rechtspersoon.

Deze ‘vermogensrechtelijke relevantie’ blijkt al bij het verrichten van rechtshandelingen, al was het maar omdat de rechtspersoon zich daarbij net als een natuurlijke persoon in velerlei opzichten heeft te gedragen naar de eisen van redelijkheid in billijkheid – in een ‘actieve’ betekenis die kan uitmonden in de gehoudenheid van bestuurders en andere leden tot ‘actieve reflectie’: zich bewust te zijn van de consequenties van handelen en nalaten. Dit geldt voor de rechtspersoon intern in de betekenis van artikel 2:8 lid 1 BW, maar ook extern, als de rechtspersoon kwalificeert als schuldeiser of schuldenaar in de zin van artikel 6:2 BW of partij is bij een overeenkomst ex artikel 6:248 BW.

In al die gevallen brengt artikel 3:12 BW met zich dat bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij een gegeven geval zijn betrokken.¹⁸⁶ Die persoonlijke belangen zijn in het geval de rechtspersoon partij is de persoonlijke belangen van de rechtspersoon en die van de wederpartij. En vanuit de wederpartij gezien de belangen van degenen die bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken. Zoals wanneer de ledenbestuurde vereniging partij is bij een overeenkomst en zij door die overeenkomst onder gunstige condities de levering van gas, water en licht realiseert.

Artikel 3:12 BW zou op deze wijze kunnen betekenen dat de persoon ‘van buiten’ die via de artikelen 6:2 of 248 BW in een rechtsverhouding staat tot een rechtspersoon (bijvoorbeeld de al dan niet ledenbestuurde vereniging) rekening heeft te houden met de belangen van degenen die ‘binnen’ de rechtspersoon (de ledenbestuurde vereniging) bij zijn organisatie zijn betrokken. Via artikel 2:8 lid 1 BW moet de rechtspersoon – als verband van de leden of vertegenwoordigd door zijn bestuur – dat natuurlijk zelf ook.

¹⁸⁵ Artikel 2:5 BW.

¹⁸⁶ Maeijer 2000/1, p. 374, Maeijer 2000/2, p. 389.

De met deze derde functie verbonden acties zijn gericht op het doen functioneren van de rechtspersoon en de naleving van de daarvoor geldende regels. Voor het kunnen functioneren van een rechtspersoon maakt het principieel niet uit of die regels van wettelijke, statutaire of contractuele aard zijn. Dat ze van contractuele aard kunnen zijn laten het EESV en de openbare vennootschap (OV) van het ingetrokken Ontwerp Titel 7.13 BW zien. Maar op bijzondere wijze ook de coöperatie – zie artikel 2:53 lid 1 BW: *‘Zij moet zich blijkens de statuten ten doel stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten (...) met hen gesloten in het bedrijf dat ze te dien einde te hunnen behoefte uitoefent of doet uitoefenen’*. Deze bepaling laat, op andere wijze dan bij EESV of OV, zien dat bij de coöperatie het sluiten van contracten de kern van haar functioneren is, waarop haar bestuur en de eventuele raad van toezicht in voorkomende gevallen kunnen worden afgerekend.

Voor de organisatiefunctie is het idee van het ‘orgaan’ niet principieel onmisbaar. De term wordt in de wet ook niet gedefinieerd anders dan met de gelijkstelling in artikel 2:78a/189a BW waar voor de toepassing van een aantal daargenoemde artikelen wordt aangegeven dat in geval van een N.V. of B.V. onder orgaan wordt verstaan de algemene vergadering, de vergadering van houders van aandelen van een ‘bijzonder’ soort (voor de N.V.) of ‘bepaalde soort of aanduiding’ (voor de B.V.), het bestuur, de raad van commissarissen en de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen.

Onder ‘orgaan’ wordt in dit boek verstaan de functionele eenheid binnen een rechtspersoon die krachtens wet of statuten is belast met de bevoegdheid om aan die rechtspersoon toe te rekenen besluiten, waaronder goedkeuringsbesluiten, te nemen, dan wel verklaringen af te leggen en daarmee de wil van de rechtspersoon en/of de gebondenheid aan derden te bepalen.¹⁸⁷ Dit kan ook zonder gebruikmaking van het fenomeen orgaan. De leden vormen dan in gezamenlijk verband de rechtspersoon en door hen genomen besluiten kunnen één op één aan de rechtspersoon worden toegerekend. De informele ledenbestuurde vereniging, bijvoorbeeld, kan ex artikel 2:26 lid 1 jo 27 lid 4 sub e BW aan deze omschrijving voldoen. Het begrip orgaan is niet principieel nodig.¹⁸⁸

Voor de organisatiefunctie is evenmin principieel onmisbaar de norm van artikel 2:8 lid 1 BW.¹⁸⁹ Pas met onder meer de artikelen 2:8 lid 1 BW, 2:9 BW en 2:92/201 lid 2 BW,¹⁹⁰ wordt Boek 2 BW-rechtspersonenrecht naast organisatie-

¹⁸⁷ Over orgaanbegrip bij de flex-B.V. Blanco Fernández 2008, p. 38 e.v.

¹⁸⁸ De combinatie van een aandeelhoudersbestuurde B.V. met een ‘one tier structure’ zoals die vanaf 1 januari 2013 mogelijk is, zou heel interessant zijn geweest.

¹⁸⁹ Zie over verschillende functies van de redelijkheid en billijkheid Noldus 1969, p. 171 e.v., die de intussen bekende interpreterende, aanvullende en corrigerende werking onderscheidt. Smits 1995, p. 82-113.

¹⁹⁰ Timmerman 2005, p. 5.

recht¹⁹¹ ook verantwoordingsrecht, de vierde functie van wet en statuten. Boek 2 BW als verantwoordingsrecht normeert – in ultieme uitdrukking daarvan als, zoals Timmerman schrijft, in Boek 2 BW grondrechten zouden doorwerken.¹⁹² Het stelt grenzen aan en richt de wijze waarop met de bij een rechtspersoon betrokken en hierboven geïmpliceerde belangen dient te worden omgegaan. Als verantwoordingsrecht heeft het een belangrijke interne functie, waar Boek 2 BW niet alleen het fenomeen van het lidmaatschap kent, maar ook het functioneren van organen, en dus verantwoording tussen organen.

Uiteraard impliceert ieder recht een vorm van verantwoording, hoe genuanceerd mogelijk ook. De term ‘verantwoordingsrecht’ is hier bedoeld ter onderscheiding van de andere vier aangehaalde functies. De term bedoelt de verantwoordingsfunctie van Boek 2 BW-recht binnen de deelrechtsorde als duurrelatie te onderscheiden.

Als verantwoordingsrecht heeft Boek 2 BW-recht ook een belangrijke externe functie waar het gaat om het verlenen van voorrechten aan de oprichters of degenen die zich van de rechtspersoon bedienen, zoals beperkte of niet-aansprakelijkheid, en het stellen van daaraan verbonden voorwaarden zoals een bepaalde, al dan niet formele wijze van oprichting, of de verplichting tot het voeren van een administratie, tot het opmaken, vaststellen en publiceren van een jaarrekening conform de eisen van Titel 9 BW of tot de inschrijving in het handelsregister, etc.¹⁹³

De met deze functie verbonden acties zijn gericht op verantwoording. Naar mate de idee van materiële verantwoording in het (denken over) rechtspersonenrecht meer wordt erkend zal in het in de inleiding, paragraaf 5 beschreven voorbeeld van de ‘mankerende’ oproeping voor de aandeelhoudersvergadering minder ruimte bestaan om de vergadering niet te verdagen als twijfel bestaat of de oproeping de andere aandeelhouder wel heeft bereikt en diens belangen betrokken zijn. Enkele verwijzing naar de wettekst om besluitvorming door te kunnen zetten volstaat dan niet. Voor het niet verdagen zullen dan goede redenen moeten bestaan en als toch wordt doorgezet zal mogelijk op bijzondere wijze met de belangen van de niet aanwezige aandeelhouder rekening moeten worden gehouden.

Besef van dit verantwoordingskarakter – functioneren binnen de rechtspersoon is daardoor in zekere mate geconditioneerd – is belangrijk als het gaat om de duiding van handelen of nalaten van een aandeelhouder als al dan niet betame-

¹⁹¹ Vgl. Huizink 2010, p. 6.

¹⁹² Timmerman 2005, p. 6. Vgl. Schild 2011/2 en Barkhuysen 2011.

¹⁹³ Boek 2 BW in zijn functie van verantwoordingsrecht komt in hoofdstuk 1, paragraaf 2.2 opnieuw aan de orde en wordt daar verder uitgewerkt.

lijk. Het plaatst het veronderstelde ‘eigendom’ van het aandeel en in ieder geval het lidmaatschap van de aandeelhouder in een normatief kader.¹⁹⁴ In een relatie tot anderen. Diens onbetamelijk gedrag kan tot gevolg hebben dat uitstoting gerechtvaardigd is. Besef van het verantwoordingskarakter kan betekenis hebben bij de beoordeling van de scheidingsmelding of opzegging en van de manier waarop daarop wordt gereageerd.

Voor een rechter kan besef van het verantwoordingskarakter onder meer betekenis hebben bij de al eerder gememoreerde verdeling van bewijslast. Staat immers vast dat het functioneren van een ‘gedaagde’ persoon voorwaardelijk is, dan kan en mag – afhankelijk van de stelplicht en bewijslast van eiser en de mate waarin daaraan is voldaan of kan worden voldaan – dienovereenkomstig de vraag worden gesteld wat de gedaagde persoon heeft gedaan om aan door wet en statuten gestelde voorwaarden te voldoen die relevant zijn voor de beoordeling van de vordering van eiser.¹⁹⁵ Die condities kunnen aanleiding geven tot een bijzondere van de hoofdregel afwijkende verdeling van bewijslast. Daarmee gaat een rechter niet meteen op de stoel van die persoon zitten.¹⁹⁶ Ook aansprakelijkheid is niet meteen gegeven en zelfs eis van ernstige verwijtbaarheid beoordeeld naar het moment van handelen kan volledig worden gerespecteerd.¹⁹⁷

Voor een bemiddelaar kan het belangrijk zijn om het verantwoordingskarakter van het rechtspersonenrecht aan een betrokkene duidelijk te maken. Daarmee kan hij in voorkomende gevallen resultaat bereiken, bijvoorbeeld bij geschillen binnen een familiale context. Het maakt voor het succes van een bemiddeling nogal wat uit of de betreffende aandeelhouder zich realiseert dat de familiale context betekenis heeft of moet hebben voor de manier waarop hij zich opstelt. Het betekent dat de bemiddelaar voor de belangrijke taak kan komen te staan om rechtsposities goed uit te leggen. Daarvoor is begrip van de dogmatische achtergrond van de feitelijke en rechtsverhouding tussen betrokkenen onmisbaar. Ook dit lijkt een open deur, maar blijkt in de praktijk toch niet altijd even helder te zijn. Voor overlegscheiding is het gezamenlijk vinden van althans een bandbreedte van begrip ook voor de dogmatische achtergrond ‘conditio sine qua non’.

Het zou om bemiddelend verder te kunnen komen kunnen betekenen dat een derde partij op de juridisch essentiële punten om een de partijen bindende opinie

¹⁹⁴ Maeijer 2000/2, p. 383 die Van Gerven aanhaalt.

¹⁹⁵ HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (*Van Waning/Van der Vliet*) en HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (*Romme/Bakker*).

¹⁹⁶ Timmerman 2009, p. 11. Vgl. OK 22 juli 2005, ARO 2005, 121 (*Arthromed*), OK 2 september 2004, ARO 2004, 107 (*Getronics*).

¹⁹⁷ Dat geldt ook bij de kwalificatie wanbeleid, OK 13 juli 2011, ARO 2011, 116 (*Meepo*). Zie over de eis van ernstige verwijtbaarheid Strik 2009, p. 660 e.v., Assink 2010, p. 248 e.v., Van der Sangen 2012/1, p. 66/67, Olaerts 2012/1, p. 45 e.v., Assink 2012.

gevraagd wordt zodat daarna verder kan worden onderhandeld. Op dit vlak kan de betekenis liggen van een comparitie als regiezitting direct na de dagvaarding,¹⁹⁸ de betekenis van de comparitie na antwoord of de aanhouding van een comparitie of zitting als een soort ‘repeteer’-comparitie of -zitting. Het gaat dan om het op specifieke rechtsvragen verkrijgen van duidelijkheid en het ‘afsnijden’ van de scherpe kanten die in een dossier aan minnelijke afwikkeling in de weg staan.

De vijfde functie van wet en statuten is dat leden van organen zelf – indien en voor zover de wet dat toelaat – verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard verbonden aan het lidmaatschap in de statuten kunnen opnemen, in allerlei relaties, tussen degenen die intern bij zijn organisatie zijn betrokken, zoals door leden van een vereniging en coöperatie, en extern, zoals bij de flex-B.V, ook tussen aandeelhouders en derden.¹⁹⁹ Daarnaast hebben de oprichters en die leden de mogelijkheid om, voor zover door de wet toegelaten, door het opnemen van bijzondere bepalingen in de statuten, en door de wijziging daarvan na de oprichting, de organisatie van de rechtspersoon naar eigen inzicht en dus naar het eigen belang in te richten, bijvoorbeeld door de benoeming van de bestuurders op bijzondere wijze te regelen, door te variëren met stem- en winstrecht, door naast de algemene vergadering nog andere organen te creëren, door te kiezen voor een ‘one tier’ systeem met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders,²⁰⁰ etc.

Door de invoering van de flex-regeling en het daardoor mogelijk zijn van het opnemen van verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard tussen aandeelhouders, aandeelhouders en de vennootschap en tussen aandeelhouders en derden in haar statuten, wordt de aandeelhouder als persoon door die verplichting direct verbonden, net zoals dat bij een contractuele verbintenis het geval zou zijn, en net zoals dat bijvoorbeeld bij op leden van verenigingen rustende contributie-verplichtingen en net zoals dat door de algemene norm van artikel 2:8 lid 1 BW het geval is.

Deze vijf functies van wet en statuten vormen het kader waarbinnen de samenhang tussen belang en actie in het ondernemingsrecht althans wat betreft Boek 2 BW betekenis heeft. Te onderkennen, maar niet steeds te scheiden, zijn achtereenvolgens met wettelijke grondslag:

- (1) acties voorbehouden aan rechtspersonen in de zin van Boek 2 BW. Bijvoorbeeld de actie van artikel 2:7 BW gericht op de vernietiging van een rechtshandeling bij doeloverschrijding. Vaak zal deze actie gebruikt

¹⁹⁸ Artikel 87 Rv bepaalt dat de rechter in elke stand van het geding een comparitie kan gelasten.

¹⁹⁹ Artikel 2:192 BW.

²⁰⁰ Hierover het themanummer Bestuur en Toezicht van Ondernemingsrecht 2012-12, Keukens & Vissers 2012, p. 80 e.v. en Olaerts 2012/2, p. 168 e.v.

worden bij wijze van verweer: de rechtspersoon wordt aangesproken op de naleving van uit een rechtshandeling voortvloeiende verplichtingen en wenst zich door een beroep op doeloverschrijding daaraan te onttrekken.²⁰¹ Het is een voorbeeld van het dicht tegen elkaar kunnen aanliggen van actie en verweer: het verweer is de actie;

- (2) acties die een lid uit hoofde van diens lidmaatschap, dus ‘qualitate qua’, kan instellen al dan niet samen met anderen. Bijvoorbeeld de actie van een aandeelhouder ex artikel 2:15 lid 1 sub a of b BW strekkende tot de vernietiging van een besluit van de aandeelhoudersvergadering waarvoor de betreffende aandeelhouder niet rechtsgeldig werd opgeroepen.²⁰² Of de actie uit het enquêterecht ex artikel 2:346 BW;
- (3) acties die als oogmerk hebben het (al dan niet gewijzigd) doen toerekenen van rechtshandelingen aan de rechtspersoon. Bijvoorbeeld de actie van een aandeelhouder gericht op de gewijzigde vaststelling van de jaarrekening en daarmee van de winst ex artikel 2:216 BW. De term vaststellen houdt hierbij in dat de aandeelhoudersvergadering bij het vaststellen van de jaarrekening het recht van amendement heeft, maar wel binnen de grenzen van Titel 9 van Boek 2 BW. Voorstelbaar is dat een aandeelhouder argumenten heeft om te betogen dat de door het bestuur opgemaakte en dus de door de aandeelhoudersvergadering vast te stellen jaarrekening niet aan de eisen van Titel 9 van Boek 2 BW voldoet en dat hij daartegen wenst op te komen. Doel is uiteindelijke toerekening aan de rechtspersoon: het is de jaarrekening ‘van’ de rechtspersoon en het is de rechtspersoon die verplicht is tot openbaarmaking van de jaarrekening ex artikel 2:394 BW;
- (4) acties die de uitdrukking zijn van de idee van verantwoording. Bijvoorbeeld de actie waarover de aandeelhoudersvergadering ex artikel 2:217 lid 2 BW beschikt gericht op het door het bestuur verstrekken van door de aandeelhoudersvergadering verlangde inlichtingen. Of de actie uit het enquêterecht die strekt tot het doen kwalificeren van beleid als wanbeleid van de rechtspersoon – in aanmerking genomen dat drie van de doelstellingen van het enquêterecht volgens het bekende Ogem-arrest²⁰³

²⁰¹ Stokkermans 2009, p. 234 e.v.

²⁰² Klein Wassink 2012, p. 70 e.v.

²⁰³ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 465/466 (*Ogem*), HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671, nt. Maeijer (*Text Lite*), HR 21 februari 2003, ARO 2003, 39 (*Viba*), OK 30 juni 2004, ARO 2004, 89 (*Decidewise*), OK 21 december 2004, ARO 2004, 145 (*Unilever*), HR 18 november 2005, ARO 2005, 197, NJ 2006, 173, concl. A-G Timmerman (*Unilever*), HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107, concl. A-G Timmerman (*KPNQwest*). Ook concl. A-G Timmerman onder 4.11 bij HR 30 maart 2012, ARO 2012, 53 (*ASMI*).

zijn het doen vaststellen bij wie de verantwoordelijkheid ligt,²⁰⁴ herstel en sanering van verhoudingen en opening van zaken;²⁰⁵

- (5) acties die uitdrukking zijn van een zeker eigen belang ‘buiten’ de rechtspersoon daar ‘binnen’. Bijvoorbeeld de actie van een aandeelhouder ex de artikelen 2:201, 216 en 228 BW gericht op het toegelaten worden tot de aandeelhoudersvergadering en het kunnen uitoefenen van winst- of stemrecht. Het kunnen ontvangen van een winstaandeel is een eigen belang en het daarop gericht kunnen uitoefenen van stemrecht is dat ook.

Zonder belang geen actie. Met voldoende belang dus wel een actie, waarbij in veel gevallen dat belang – zoals al opgemerkt – in wet, statuten of contract is geobjectiveerd. Het gaat dan om het bepalen van rechtsposities. Zoals bijvoorbeeld de artikelen 2:344 tot en met 2:349a BW overwegend duidelijk zijn over wie tot het instellen van een enquêteverzoek bevoegd zijn. Toch komen de begrippen ‘belang’ en ‘belanghebbende’ in artikel 2:349a BW vaker voor. Ook artikel 2:350 BW bevat met de woorden ‘gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen’ een open regeling. Hetzelfde geldt voor het begrip ‘wanbeleid’ in artikel 2:355 BW.

Interessant is dan dat waar geldt dat de begrippen ‘belang’ en bijvoorbeeld ‘wanbeleid’²⁰⁶ open zijn, de actie van het enquêterecht dus op een bepaalde manier ook de koppeling vormt tussen twee of meerdere open fenomenen.²⁰⁷ Dat is niet ongebruikelijk, want hetzelfde geldt ook voor de eis van het voldoende ‘redelijk belang’ in de zin van artikel 2:15 lid 3 sub a BW als het gaat om de actie tot de vernietiging van een besluit. Het geldt ook bij een vordering tot nakoming van de gedragseisen van redelijkheid en billijkheid ex artikel 2:8 BW. En het geldt ook in sommige gevallen als het gaat om belang en aansprakelijkheid of verantwoordelijkheid. Het is enerzijds een teken van flexibiliteit, maar het leidt anderzijds soms ook – zoals al opgemerkt – tot rechtsonzekerheid. Het is een volgende indicatie voor het grote belang van analyse en het daardoor kunnen opstellen van criteria.

Relevant is voorts dat naast wet en statuten ook het contract binnen Boek 2 BW functie heeft, c.q. door Boek 2 BW erkend wordt. Wat deze erkenning betreft kan bijvoorbeeld worden gewezen op artikel 2:231/241 BW dat refereert aan de overeenkomst tussen N.V./B.V. en bestuurder, artikel 2:9 BW dat refereert aan de taak van een bestuurder, die evengoed uit een contract en ook uit een joint

²⁰⁴ OK 26 juni 2007, ARO 2007, 108 en OK 13 juli 2011, ARO 2011, 116 (*Meepo*), OK 30 mei 2011, ARO 2011, 87 (*Meavita*), OK 15 december 2011, ARO 2012, 9 (*Landis*).

²⁰⁵ Concl. A-G Timmerman bij HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107 (*KPNQwest*).

²⁰⁶ Concl. A-G Wesseling-Van Gent sub 3.41 bij HR 18 april 2003, ARO 2003, 80 (*RNA*).

²⁰⁷ Geerts 2004/2.

venture contract of onderlinge regeling tot samenwerking kan voortvloeien, artikel 2:155/265 lid 1 sub c BW dat refereert aan de onderlinge regeling tot samenwerking en artikel 2:24a lid 1 BW dat in de definitie van het begrip dochtermaatschappij refereert aan het krachtens overeenkomst kunnen uitoefenen van stemrechten.

1.3 *Lidmaatschap volgens Boek 2 BW: karakter*

Leden van organen staan in een lidmaatschapsrechtelijke relatie tot de Boek 2 BW-rechtspersoon die op de geschetste wijze wordt beheerst door wet, statuten en contract.²⁰⁸ Het fenomeen van het lidmaatschap wordt in de wet niet gedefinieerd, tenzij de regeling van Boek 2 BW in zijn geheel beschouwd als een soort macro-omschrijving, althans voor Boek 2 BW-rechtspersonen, van dat fenomeen zou mogen worden beschouwd. En daar is wel aanleiding voor, zoals ook hierna nog zal blijken.

De centrale normen bij de uitoefening van het lidmaatschapsrecht in de onderlinge verhouding tussen de leden zijn in Boek 2 BW de gedragseisen van redelijkheid en billijkheid. Die komen in het navolgende in het bijzonder in paragraaf 1.5 en paragraaf 3 en in hoofdstuk 2, paragraaf 2.4 nog aan de orde. Op artikel 2:5 BW gaan hoofdstuk 2, paragraaf 4 en hoofdstuk 3 nog in.

Het ‘lidmaatschap’ van een orgaan als vorm en inhoud gegeven door wet, statuten en contract staat in relatie tot alle vijf in de vorige paragraaf beschreven functies, en daarmee tot aan die functies gerelateerde acties. Bij het fenomeen van het lidmaatschap kan een groot aantal kanttekeningen worden geplaatst dat het onderzoeksterrein en het karakter van het fenomeen ‘lidmaatschap’ – mede in relatie tot de opzegging – als volgt verder in beeld brengt. Let wel: het gaat hierbij en in het vervolg van dit hoofdstuk om een beschrijving van het onderzoeksgebied.

Allereerst geldt dat het lidmaatschap van een orgaan van een Boek 2 BW-rechtspersoon – zoals in de vorige paragraaf al opgemerkt – belang aan zeggenschap en/of een aandeel in de winst, dan wel een aandeel in het liquidatiesaldo koppelt.²⁰⁹ Gaat het om zeggenschap dan bestaat deze relatie zowel vanuit het perspectief van het lid, dat via het lidmaatschap voor het eigen belang – bijvoorbeeld het onder de doelomschrijving van de rechtspersoon verrichten van bepaalde activiteiten – wil opkomen,²¹⁰ als vanuit het perspectief van de rechtspersoon, afhankelijk van de wettelijke, statutaire en overige verantwoordelijkheden

²⁰⁸ Asser-Van de Grinten II (de rechtspersoon), p. 38-40, 216, Asser-Maeijer 2, III, p. 391.

²⁰⁹ Rensen 2005/1, p. 32.

²¹⁰ Vgl. OK 1 augustus 2002, ARO 2002, 129 (*Mali Zevenaar Beheer*), r.o. 3.2: privébelang staat aan het voeren van een enquêteprocedure niet in de weg.

van het lid ten opzichte van de rechtspersoon, hetgeen soms ook betekent dat het lid *gehouden* kan zijn tot het uitoefenen van zeggenschap – zoals de bestuurder (in diens geschetste bijzondere positie) ex de artikelen 2:239 en 9 BW en de commissaris ex artikel 2:250 BW²¹¹ – en dat het daarop aangesproken kan worden, hetgeen ook kan betekenen dat het eigen belang naar de achtergrond verschuift of zelfs geheel verdwijnt.

Of en in hoeverre dat uitoefenen van zeggenschap dan in het belang van de rechtspersoon dient te geschieden is afhankelijk van diezelfde wettelijke, statutaire en contractuele verantwoordelijk- en gehoudenheden. En dus ook van de positie van een lid (van een orgaan) ten opzichte van de rechtspersoon.

Ten tweede geldt dat bij verenigingen – zoals in de inleiding, paragraaf 2 al gememoreerd – het stemrecht in de vergadering verbonden is aan de persoon, bij de N.V. en B.V. aan het aandeel. Bij de ‘B.V. of N.V.-quasi V.O.F.’ is volgens de in de inleiding, paragraaf 9 gebruikte definitie sprake van een verschuiving van belang bij en tot uitdrukking komend in stemrecht en winstrecht op het aandeel naar belang bij en tot uitdrukking komend in de persoon en diens inzet. Persoonlijk ‘belang’ wordt in een besloten B.V. daardoor door meer gediend dan alleen de jaarlijkse uitoefening van stem- en winstrecht. Aard en inhoud van de lidmaatschaps- en ledenverhouding hebben hierbij bijzondere betekenis, waarover paragraaf 1.5 hierna.

Bijzonder voorbeeld van volledig persoonlijk bepaalde samenwerking is de ledenbestuurde vereniging, die ook als een vorm van samenwerking kan worden beschouwd.²¹²

Ten derde geldt dat de collectiviteit van de leden van de rechtspersoon of van het daartoe bevoegde orgaan de wil van de rechtspersoon, in de zin van artikel 3:33 BW:

‘Een rechtshandeling vereist een op een bepaald rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring openbaart.’,

²¹¹ Maeijer 1964, p. 17 en 1976, p. 100, die daar schrijft dat aandeelhouders bij het dienen van hun eigen belang ook het belang van de vennootschap in het oog dienen te houden en na afweging tegen eigen belang zo nodig dienen te ontzien. Brenninkmeijer 1973, p. 109 - 114 n.a.v. HR 30 juni 1944, NJ 1944, 465 (*Wennex*) en HR 13 november 1959, NJ 1960, 472 (*Melchers*).

²¹² Asser-Van der Grinten II (de rechtspersoon), p. 211 en Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/10 die de vereniging een samenwerkingsverband van personen noemen, maar tegelijk aantekenen dat dit samenwerken in ruime zin moet worden verstaan. Raaijmakers 1988/2, p. 208, Galle 1993, p. 125.

bepaalt door het nemen van een besluit, als althans de daarvoor door wet of statuten voorgeschreven meerderheid wordt gehaald.²¹³ Het stelt die meerderheid in staat tot het gestructureerd bepalen en voeren van beleid. Het betekent ook dat gecombineerde uitoefening van zeggenschap het instellen van bepaalde aan de rechtspersoon voorbehouden acties mogelijk maakt, bijvoorbeeld die tot aansprakelijkstelling van een bestuurder ex artikel 2:9 BW.

Het is daarnaast mogelijk dat gecombineerde uitoefening van zeggenschap de bevoegdheid tot het instellen van een actie creëert zonder dat die actie ook direct aan de rechtspersoon wordt toegerekend. Bijvoorbeeld de actie van het enquête-recht die door aandeelhouders vertegenwoordigende 10% van het geplaatst kapitaal kan worden ingesteld.

Ten vierde geldt, zoals bekend, dat niet iedere Boek 2 BW-rechtspersoon een ledenvergadering kent. Artikel 2:285 lid 3 BW spreekt voor de stichting wel over ‘hen’ die deel uit maken van haar organen. Hier – zoals ook al hierboven – worden die ‘hen’ mede vanwege hun principiële uitwisselbaarheid desondanks geïd als ‘leden’ van die organen,²¹⁴ bijvoorbeeld van het bestuur of van de raad van toezicht, zij het dat hun positie en verantwoordelijkheid natuurlijk een andere is dan de leden van een ledenvergadering van bijvoorbeeld een vereniging. Met het gelijk stellen van ‘leden’ in relatie tot de rechtspersoon moet dus reeds om deze reden worden opgepast.

Een andere reden is dat het lidmaatschap bij personenassociaties anders van aard is dan bij die associaties die zich primair kenmerken doordat daarin (door personen) kapitaal wordt ingebracht, ofschoon – hieraan werd in de inleiding, eerste paragraaf ook al kort gerefereerd en er zal hierna in paragraaf 2.1 nog op worden teruggekomen – ondermeer door de invoering van de flex-regeling sprake is van symbiose van beide vormen van lidmaatschap.

Nog een andere reden is dat besluitvorming via uitoefening van stemrecht in bestuur en ledenvergadering verschillend geregeld is. Het ene regelt de wet wel (de oproeping tot en de besluitvorming in de aandeelhouders- of ledenvergadering) en het andere niet.²¹⁵ Daardoor zijn bestuurders en commissarissen voor het vinden van richtsnoeren in het laatste geval aangewezen op de idee van op hen rustende collegiale verantwoordelijkheid²¹⁶ en de literatuur daarover, de toelichting op en commentaren rond de Wet bestuur en toezicht,²¹⁷ jurispruden-

²¹³ Buys 1992, p 149.

²¹⁴ Vgl. HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 (*Wijsmuller*).

²¹⁵ Dortmond 2000, p. 12-15.

²¹⁶ Zie Olaerts 2012, p. 45 e.v. en de door haar aangehaalde literatuur. OK 13 juli 2011, ARO 2011, 116 (*Meepo*).

²¹⁷ Hierover het themanummer Bestuur en Toezicht van Ondernemingsrecht 2012-12, Keukens & Vissers 2012, p. 80 e.v. en Olaerts 2012/2, p. 168 e.v.

tie zoals het *Wijsmuller*-arrest²¹⁸ en de overvloedige jurisprudentie van de Ondernemingskamer in het enquêterecht op het vlak van geconstateerde belangenvermenging, de verschillende ‘governance codes’²¹⁹ en wettelijke regelingen buiten Boek 2 BW zoals die van het ontwerp van de herziene Woningwet dat een aantal governance bepalingen bevat. En vooral op gezond verstand, bijzondere deskundigheid en besef van het verantwoordingskarakter van hun positie.

Ten vijfde geldt dat wet en statuten in hun hoedanigheid van organisatie- en verantwoordingsrecht primair het lid en daardoor de persoon ‘achter’ het lid regaderen, die zijn gebondenheid als lid met de bijbehorende rechten en verplichtingen – en het verantwoordingskarakter van de deelrechtsorde tot de welke hij toetreedt – met de acceptatie van het lidmaatschap aanvaardt.²²⁰ Er behoeft na de aanvaarding in dat opzicht geen contractuele relatie meer te bestaan tussen de rechtspersoon en die persoon, maar in ieder geval bestaat een lidmaatschapsrechtelijke verhouding,²²¹ hetgeen niet uitsluit dat er daarnaast ook nog een contractuele relatie kan bestaan,²²² zelfs een belangrijke als het gaat om de verhouding tussen bestuurder en rechtspersoon.²²³

Het is overigens ook goed mogelijk te spreken over lidmaatschap van verbanden van contractuele aard: te denken valt aan het lidmaatschap van door tuinders gebruikte commanditaire vennootschappen die zijn gemodelleerd naar het voorbeeld van de N.V., voorts aan het lidmaatschap van de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid volgens het ingetrokken Ontwerp Titel 7.13 BW en aan het lidmaatschap van het EESV.²²⁴ De Hoge Raad spreekt in het arrest *Kersten/Mantel*²²⁵ ook in geval van een V.O.F. over leden:

‘dat toch een vennootschap onder firma niet is een afzonderlijke rechtspersoon, doch is de benaming van hare gezamenlijke leden in hun vennootschappelijk verband.’

²¹⁸ HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101. De Hoge Raad overweegt daarin: *‘De betekenis van een bepaling in de statuten van een rechtspersoon, voorschrijvende dat een besluit moet uitgaan van een orgaan van die rechtspersoon is, in het geval waarin dat orgaan uit meer personen is samengesteld, in het bijzonder hierin gelegen, dat het besluit tot stand komt als vrucht van onderling overleg van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen.’* Dortmund 2000, p. 12, Van Schilfgaarde 2003, p. 643.

²¹⁹ Zoals de Governancecode Woningcorporaties en de Zorgbrede Governancecode.

²²⁰ Concl. A-G Timmerman onder 3.9 e.v. bij HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105 (*DSM*).

²²¹ Slagter 1990, p. 130, Waaijer 1993, p. 5, Rensen 2005/1, p. 30 en 32. Concl. A-G Timmerman bij HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105 (*DSM*).

²²² Asser-Van de Grinten II (de rechtspersoon), p. 38-40, 216, Buys 1992, p. 150.

²²³ Asser-Maeijer 2, III, p. 391, de uitzondering van artikel 2:132 lid 3 BW daargelaten.

²²⁴ Artikel 1 Vo. EESV.

²²⁵ HR 8 april 1937, NJ 1937, 640.

Het laat zien dat de hiervoor onderscheiden functies van wet en statuten bij Boek 2 BW-rechtspersoon principieel ook te onderscheiden (kunnen) zijn bij personenvennootschappen, zij het dat de uitwerking soms anders is. Hierop komen hoofdstuk 2 en 3 nog terug.

Lidmaatschap van personenvennootschappen als de V.O.F. – ten zesde – is steeds persoonsgebonden. Lidmaatschap van Boek 2 BW-rechtspersonen kan persoonsgebonden zijn voor zover wet en statuten dat bepalen of toelaten. Bijzonder is dat artikel 2:34 BW de regel geeft dat het lidmaatschap van een vereniging persoonlijk is, tenzij de statuten anders bepalen.²²⁶ Dit betekent niet dat ook de ledenverhouding persoonsgebonden is. Daarvoor is meer nodig namelijk dat ook de persoon van de leden in de onderlinge verhouding er toe doet.

Lidmaatschap zou daarnaast in zekere zin ook persoonsgebonden kunnen worden geacht indien en voor zover het beperkt overdraagbaar is.²²⁷ Als een aandeel beperkt overdraagbaar is – even los van het feit dat het aandeel op naam staat – dan wordt het daardoor aan de persoon gebonden, maar dan niet in de betekenis als bedoeld in de vorige alinea dat de persoonlijke hoedanigheid en kwaliteiten er toe doen. Wel is het zo dat reeds de beperking op de mogelijkheid van het aandeel ‘af te kunnen’ aanleiding kan zijn voor bijzondere zorgvuldigheid te betrachten door andere leden ten opzichte van deze aandeelhouder. Anderzijds heeft die aandeelhouder met de aanvaarding van het lidmaatschap (de mogelijkheid van) beperkingen geaccepteerd, althans binnen de bandbreedte van hetgeen ook naar redelijkheid en billijkheid van hem kan worden verwacht.

Ten zevende moet het lidmaatschapsrecht worden beschouwd als een vermogensrecht, maar wel een van bijzondere aard.²²⁸ Het wordt zoals opgemerkt door de wet niet bijzonder gedefinieerd of afgebakend en is dus geen statisch fenomeen. Daardoor ook kan het aanknopingspunt zijn voor verdere rechtsontwikkeling.²²⁹ Het is met name hier dat de voor de aard van het lidmaatschap belangwekkende beschouwingen van Raaijmakers over verbintenis- en goederenrechtelijke aspecten van het aandeel in een openbare vennootschap (OV) en openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (OVR) aansluiting vinden, tot uitdrukking komende in zijn pleidooi dat OV en OVR niet wezenlijk verschillen en dat overdracht en levering zowel van het geheel als van een (aan)deel van (in) de onderneming steeds zouden moeten kunnen geschieden bij eenvoudige akte.²³⁰

²²⁶ Zie hierover Van der Sangen 1999, p. 141 e.v.

²²⁷ Zoals het lidmaatschap van een vereniging en het lidmaatschap via het aandeel op naam.

²²⁸ Raaijmakers 2009/2, p. 77-80, Asser/Rensen 2-III* 2012/67, Clumpkens & Kooi 2012, p. 426.

²²⁹ Vgl. Van der Grinten 1972 (Toelichting Ontwerp Titel 7.13), p. 1096.

²³⁰ Raaijmakers 2009/2, p. 77-80, vgl. Hamers 2009, p. 154 e.v.

Lidmaatschapsrecht zou immers ‘door de rechtspersoon heen’ gelijk kunnen staan aan de goederenrechtelijke gerechtigdheid tot een aandeel in het vermogen waarvan de rechtspersoon eigenaar is. Dat zou althans onderdeel kunnen zijn van een regeling waarin door de wetgever aan de personenvennootschap rechtspersoonlijkheid wordt toegekend. Op een dergelijke regeling komt hoofdstuk 3, paragraaf 1.3 terug. Faillissement van het lid zou dan kunnen en dienen te leiden tot ontbinding van de rechtspersoon en het vrijvallen van het door verbintenissenrechtelijke aanspraken bepaalde aandeel in het ondernemingsvermogen. Dat aandeel – het aandeel ook vóór ontbinding – zou – als uitwerking van materieel recht – vatbaar gemaakt kunnen worden voor conservatoir beslag door de privé-schuldeiser,²³¹ terwijl uitwinning pas na de ontbinding aan de orde is, eventueel onder toepassing van de bekende verhaalsvolgorde tussen zakelijke en privé-schuldeisers in de zin van artikel 3:192 BW.

Ook hier zijn varianten mogelijk. Lidmaatschap kan persoonlijk zijn en niet meer dan dat. Een lidmaatschapsrecht kan ook strekken tot het behalen van stoffelijk voordeel, bijvoorbeeld in de gevallen dat bij personenvennootschappen (afhankelijk van de inbreng en bepaald door het contract) of bij Boek 2 BW-rechtspersonen (artikel 2:23b lid 1 BW) een lid een voorwaardelijk recht heeft op een aandeel in het liquidatiesaldo.²³² Aan aandeelhouderschap is door de met het aandeel verbonden kapitaalinbreng en/of door het aan het aandeel verbonden winstrecht en/of door de in het aandeel als onlosbare vordering tot uitdrukking komende waarde, die een afgeleide is van de waarde van de vennootschap²³³ (inclusief goodwill), dan wel door de gerechtigdheid tot het liquidatiesaldo, steeds een slechts onder voorwaarden losbare stoffelijke aanspraak verbonden. Daar tegenover staat dat een aandeelhouder *als wettelijke hoofdregel* niet persoonlijk aansprakelijk is en niet gehouden is boven het bedrag van zijn aandelen in de verliezen van de vennootschap bij te dragen, en, per 1 oktober 2012, onverlet het bepaalde in artikel 2:192 BW.

Meer dan dat het voorgaande aangeeft wat rechtens *is*, is bedoeling ervan te laten zien dat lidmaatschap en aandeel kameleontische begrippen zijn – veel meer dan rechtspersoonlijkheid, wat dat niet is – en dat analyse van van het fenomeen lidmaatschap belangrijk is als het er om gaat met het ondernemingsrecht verder te komen. Hierop komt hoofdstuk 3, paragraaf 1.3 dus nog terug.

Lidmaatschap biedt – ten achtste – ruimte aan het lid voor ‘actieve’ benadering van de rechtspersoon als ‘instrument’, voor het ‘naar de hand’ zetten van statu-

²³¹ Clumpkens & Kooi 2012, p. 426.

²³² Van der Sangen 1999, p. 151 e.v.

²³³ HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (*Poot/ABP*), HR 2 mei 1997, NJ 1998, 348 (*Kip/Rabo*), HR 16 februari 2007, JOR 2007, 112 (*Tuin Beheer/Houthoff Buruma*) en HR 2 november 2007, JOR 2007, 302 (*Kessock/SFT Bank*), Kroeze 1997, Van der Sangen 2001 en Veenstra 2008.

ten en reglementen, voor benadering van de rechtspersoon als ware sprake van een contract met en tussen de leden, voor het (gezamenlijk) voeren van beleid²³⁴ en dus van vermogensrechtelijk relevant beleid,²³⁵ wederom: voor zover de wet en de statuten dat toelaten, afhankelijk van de bijzondere positie en verantwoordelijkheid van het lid en van het orgaan waarvan hij deel uitmaakt. En dus voor invulling door het lid van door hem subjectief ervaren belang.

Anderzijds laten open normen zoals die van de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 lid 1 BW ruimte voor ‘passieve’ uitleg achteraf van de bedoelingen en verwachtingen van degenen die via het lidmaatschap uitdrukking geven aan hun bij de rechtspersoon betrokken belangen en daardoor voor uitleg aan de hand van hun bijzondere achtergrond, zoals bijvoorbeeld de familieverhouding,²³⁶ het persoonsgebonden karakter,²³⁷ de joint venture,²³⁸ de voorover-

²³⁴ Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 11 maart 1983, NJ 1984, 394 (*Kuiken Brabant*), Hof Amsterdam (OK) 13 juli 1983, NJ 1984, 570, 571 (*Hyster*), Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (*Amstelland*).

²³⁵ HR 8 december 1995, NJ 1996, 274 (K./G.S.): ‘Een verplichting tot het doen van rekening en verantwoording kan slechts worden aangenomen indien tussen partijen een rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan krachtens welke de een jegens de ander verplicht is om zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden. Een rechtsverhouding die een dergelijke verantwoordingsplicht impliceert, kan, zoals in casu, voortvloeien uit hetgeen onder bepaalde omstandigheden volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.’

²³⁶ OK 8 oktober 1998, JOR 1998, 167, OK 30 november 2000, JOR 2001, 4, nt. Van den Ingh, HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79, nt. Van den Ingh (*Zwagerman/Zwagerman Beheer*), OK 30 juli 2002, ARO 2002, 125 (*Janson Holding*), OK 29 augustus 2002, ARO 2002, 151 (*Case Packing Sales Europe*), OK 11 februari 2003, ARO 2003, 36 (*Kempenaars/Coppens Papierrecycling*), OK 3 januari 2006, ARO 2006, 11, HR 15 december 2006, ARO 2007, 1, concl. A-G Timmerman (*Backers en Zoon*), OK 21 juni 2011, ARO 2011, 104 (*Markerink Holding*), OK 31 oktober 2006, ARO 2006, 172 (*Hartevelt Holding*),), OK 24 november 2006, ARO 2006, 192 en OK 6 oktober 2010, ARO 2010, 151 (*De Leeuw*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 45 (*Bleijlevens Heerlen*), OK 13 maart 2008, ARO 2008, 58 (*Transportbedrijf De Boer*), OK 20 mei 2010, ARO 2010, 88 (*UPA*), OK 29 juni 2010, ARO 2010, 104 (*Poststate*), OK 4 september 2012, ARO 2012, 132 (*Böhmer*), OK 13 september 2012, ARO 2012, 135 (*Loonbedrijf*).

²³⁷ OK 12 december 2002, ARO 2003, 4 (*Ed Ros & Wanink B.V.*), r.o. 3.3., OK 18 mei 2004, ARO 2004, 75 (*Van Ginneken Makelaardij*), r.o. 3.4: ‘karaktertrekken van een maatschap’, OK 18 augustus 2004, ARO 2004, 106 (*CNA*), OK 6 juni 2011, ARO 2011, 94 (*Synpact*), OK 21 juni 2011, ARO 2011, 104 (*Markerink*).

²³⁸ Raaijmakers & Van der Sangen 2011, p. 90 e.v. OK 26 juli 2002, ARO 2002, 121 (*Masa Transportation*), OK 8 mei 2002, JOR 2002, 112 (*Broadnet*), OK 14 maart 2003, ARO 2003, 48 (*Carmeuse North America*), OK 13 april 2004, ARO 2004, 54 (*Cebepe*), OK 18 augustus 2004, ARO 2004, 106 (*CNA*), OK 28 december 2005, ARO 2006, 8 (*Noord*), OK 22 februari 2006, ARO 2006, 56 (*Carboply*), OK 12 juli 2006, ARO 2006, 131 (*B&M*), OK 12 juli 2007, ARO 2007, 119 (*Tulip Beheer*), OK 11 mei 2010, ARO 2010, 86 (*GeoMar*), OK 24 mei 2011, ARO 2011, 84 (*ODE Beheer*), OK 6 juni 2011, ARO 2011, 94 (*Synpact*), OK 10 april 2012, ARO 2012, 56 (*Sequoia*), OK 19 juli 2012, ARO 2012, 113 (*Cancun*).

eenkomst,²³⁹ de (bijzondere wijze van totstandkoming van) beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking in een B.V.,²⁴⁰ de (quasi) coöperatieve grondslag²⁴¹ en bijzondere samenwerking,²⁴² de aandeelhoudersovereenkomst,²⁴³ andere contractuele achtergrond, de fusie- of overnamesituatie,²⁴⁴ de groepsverhoudingen,²⁴⁵ etc., ook als die bedoelingen of achtergrond minder expliciet in de statuten of in een contract tot uitdrukking zouden komen.²⁴⁶

Het lidmaatschap vormt via het verbonden zeggenschapsrecht²⁴⁷ de link tussen persoonlijk belang en persoonlijke invloed enerzijds en anderzijds de door wet of statuten bepaalde bevoegdheid, taak of zelfs verplichting om aan de rechtspersoon toe te rekenen besluiten te nemen en daarmee de wil van de rechtspersoon te bepalen. Soms is daarvoor de enkele uitoefening van zeggenschap via het stemrecht voldoende, zoals bijvoorbeeld in geval van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening. Soms is om een rechtshandeling te kunnen verrichten, zoals in de relatie met derden, ook een aparte vertegenwoordigingshandeling noodzakelijk, i.e. een verklaring aan die derden door het tot vertegenwoordiging bevoegde orgaan in de zin van artikel 3:33 BW. Soms vallen besluit en verte-

²³⁹ HR 29 november 1996, NJ 1997, 345, concl. Mok, nt. Maeijer (*Van Andel/Chipshol Forward*).

²⁴⁰ OK 20 mei 1999, JOR 2000, 72, nt. Blanco Fernández (*Cromwidd/Versatel*), OK 28 juni 2006, ARO 2006, 114 (*VVVH*), OK 29 december 2006, ARO 2007, 8 (*VVP*), OK 9 januari 2007, ARO 2007, 18 (*FKD Vastgoed*), OK 1 februari 2007, ARO 2007, 33 (*Green-Swan*), OK 7 maart 2008, ARO 2008, 55 (*Venema en Noppe*), OK 28 juni 2011, ARO 2011, 107 (*Waterspreng*).

²⁴¹ OK 6 juli 2006, ARO 2006, 137 (*TCA*), r.o. 3.31, HR 9 juli 2007, ARO 2007, 81, concl. A-G Timmerman (*TCA*), OK 21 juni 2007, ARO 2007, 100 (*The Greenery*), OK 6 mei 2008, ARO 2008, 88 (*Wilmont*).

²⁴² OK 21 juni 2007, ARO 2007, 100 (*The Greenery*).

²⁴³ Raaijmakers & Van der Sangen 2011, p. 90 e.v. OK 24 november 2006, ARO 2006, 195 (*Elf*), Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 2012, JOR 2012, 286, nt. Blanco Fernández (*F.A.M. Holding/Vanka-Kawat Holding*).

²⁴⁴ OK 27 mei 1999, JOR 1999, 121 (*Gucci III*), OK 14 april 2011, ARO 2011, 71 (*ASMI*).

²⁴⁵ Olaerts 2011, p. 6 e.v. OK 31 december 2002, ARO 2003, 8 (*Easy World Airline Holdings*), OK 31 december 2002, ARO 2003, 9 (*Kruisheer Elffers B.V.*), OK 4 januari 2005, ARO 2005, 5 (*Het Bouwbureau*), HR 4 februari 2005, ARO 2005, 27, concl. A-G Timmerman (*Landis*), OK 28 februari 2005, ARO 2005, 34 (*Dodo*), OK 25 mei 2005, ARO 2005, 84 (*Florimarx*), OK 1 augustus 2005, JOR 2005, 266 (*Curamedical Holding c.s.*), OK 22 maart 2006, ARO 2006, 70 (*VDCDG*), OK 3 mei 2006, ARO 2006, 97 (*Bonne Route Holding*), OK 13 juli 2007, ARO 2007, 121 (*Villa Happ International*) (waarin eenheid onvoldoende werd gesteld), OK 27 december 2007, ARO 2008, 8 (*Pool Elements Holding*), OK 10 januari 2008, ARO 2008, 20 (*PCM*), OK 10 juni 2008, ARO 2008, 107 (*ATR*), OK 3 december 2008, ARO 2008, 191 (*Graphic Holding*), OK 16 maart 2009, ARO 2009, 56 (*Adfi-Sto*), OK 24 april 2009, ARO 2009, 64 (*Allstar*), OK 3 mei 2010, ARO 2010, 82 (*Mulix*).

²⁴⁶ Raaijmakers 2000, p. 69, OK 30 december 2008, ARO 2009, 7, JOR 2009, 128 (*Sun-energy*).

²⁴⁷ Brenninkmeijer 1973, p. 96 e.v.

genwoordigingshandeling samen, bijvoorbeeld in een besluit tot benoeming van een bestuurder dat rechtstreeks tot hem is gericht.

Het gaat bij deze functie van het lidmaatschap zowel in intern als in extern opzicht om de condities waaronder rechtshandelingen aan de rechtspersoon worden toegerekend. Uitoefening van zeggenschap via het stemrecht dat aan het lidmaatschap verbonden is, is dan de door de wet en statuten voorgeschreven vorm voor het nemen van zodanige invloed dat de rechtshandeling van het lid, te weten het uitbrengen van stem in de vergadering (van het orgaan) waar hij lid van is, via de totstandkoming van het besluit aan de rechtspersoon wordt toegerekend. Dat geldt ook voor aan de rechtspersoon toe te rekenen acties.

Het kader wordt ook verder bepaald door wet en statuten. Die stellen regels met betrekking tot bevoegdheid, besluitvorming en vertegenwoordiging. Het is echter niet alleen de formele uitoefening van stemrecht die constituerend werkt ten aanzien van het ontstaan van verbintenissen uit rechtshandelingen ten gunste of laste van de rechtspersoon, maar ook andere vormen van uitoefening van zeggenschap op wettelijke, statutaire of contractuele grondslag doen dat. En ook andere vormen van toerekening, zoals die rechtstreeks uit de wet (product- of werkgeversaansprakelijkheid) of uit onrechtmatige daad (oneerlijke concurrentie, schadende publieke mededelingen die in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden als verklaringen van de rechtspersoon, dus op die grondslag aan hem worden toegerekend)²⁴⁸, kunnen leiden tot gebondenheid van de rechtspersoon.

Voor verbintenissen uit rechtshandelingen geldt hierbij wel dat daarvoor steeds enige wettelijke, statutaire of contractuele grondslag dient te bestaan. Of althans, beter geformuleerd, dat de bevoegdheid in oorsprong met wet, statuten of contract op enigerlei wijze gegeven dient te zijn. Een bestuurder zal, of bestuurder(s) zullen zich als lid van het bestuur bij hun ondernemersactiviteiten niet steeds op dagelijkse basis bezig houden met stemmingen en het nemen van formele besluiten, mits de wijze waarop die dagelijkse leiding wordt uitgeoefend maar voldoende mandaat kent, rechtstreeks op basis van wet, statuten of (arbeids)contract of wat meer indirect, bijvoorbeeld uit een door wet, statuten of andere opdracht voortvloeiende taakstelling of begroting.²⁴⁹ Daar ligt ook een belangrijke functie van de decharge door de rechtspersoon: de bevestiging dat het mandaat er was.

Of er in objectieve zin voldoende mandaat was heeft ook alles te maken met vrijheid van ondernemen, met kunnen ondernemen, met risico's nemen. En dus met visie op wat ondernemen is of zou moeten (kunnen) zijn. En met visie op die vrijheid achteraf of beoordeeld naar het moment van handelen. Het laat zien

²⁴⁸ HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (*Kleuterschool Babbel*).

²⁴⁹ OK 17 februari 2009, ARO 2009, 44 (*Lycos*).

dat te snelle aansprakelijkstellingen door curatoren of anderen of te snelle kwalificering van beleid als wanbeleid zich niet verdragen met het recht op decharge waarop een redelijk handelend deskundig bestuurder die in ruime mate het voordeel van de twijfel zou moeten krijgen, aanspraak zou moeten kunnen maken.²⁵⁰ Het laat anderzijds onverlet dat bij de bestuursverantwoordelijkheid ook hoort aan risicobeheersing en controle te doen.²⁵¹

De bevestiging dat het mandaat er was betekent intern dat de actie van artikel 2:9 BW wordt prijsgegeven, welk artikel door de referte aan de ‘opgedragen taak’ (oude tekst) of ‘zijn taak’ (nieuwe tekst per 1 januari 2013)²⁵² ook koppelt aan de contractueel vorm en inhoud gegeven taak. De bevestiging kan aldus bijvoorbeeld inhouden dat de rechtspersoon aan de bestuurder mededeelt dat hij op correcte wijze met een tegenstrijdig belang omgaat of is omgegaan.²⁵³

Degene die voldoende belang heeft kan zich steeds tegen het nemen van besluiten (‘ex ante’) of reeds genomen besluiten (‘ex post’) verzetten, al was het maar omdat ex artikel 2:8 lid 1 BW voor alle gedragingen van degenen die bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken zijn de eisen van redelijkheid en billijkheid gelden.²⁵⁴ In impasse situaties – in gevallen van onverzoenbare tegenstellingen²⁵⁵ – kan verweer ook gevoerd worden door een individuele bestuurder als gezamenlijke vertegenwoordigingsbevoegdheid of het ontbreken van goedkeuring van de aandeelhouders daaraan in de weg zou staan.²⁵⁶

Ondergrens – als wet of statuten niet voldoende expliciet zijn wat betreft dat mandaat – wordt gevormd door de ‘lakmoesproef van het faillissement’: de, zolang de vennootschap nog niet failliet is, denkbeeldige beoordeling die de curator in een faillissement voor de vennootschap ex artikel 2:9 BW en/of de gezamenlijke schuldeisers ex artikel 2:138/248 BW kan en dient uit te voeren in het verband van de hem door het faillissementsrecht en Boek 2 BW (artikelen 2:9, 138/248 lid 1, 2,²⁵⁷ 6, 7, 8, 345²⁵⁸ en 346 lid 3²⁵⁹ BW)²⁶⁰ gegeven mogelijk-

²⁵⁰ Timmerman 2003, Assink 2006. Interessant is de Toelichting op artikel 6.1.1.2 van Meijers, Ontwerp voor een NBW, 1961, p. 460, waar onder verwijzing naar HR 20 december 1929, NJ 1930, p. 183 geschreven staat dat de Hoge Raad besliste dat de goede trouw kan medebrengen een verplichting voor de schuldeiser om een kwijting af te geven. Vgl. Raaijmakers 2013, p. 7 e.v.

²⁵¹ Timmerman 2003, Assink 2006.

²⁵² Olaerts 2012/2, p. 170 e.v.

²⁵³ Zie artikel 2:129/239 lid 6 BW.

²⁵⁴ Vgl. de artikelen 2:8, 14 en 2:15 BW.

²⁵⁵ Bulten 2011/1, p. 60.

²⁵⁶ OK 25 april 2002, ARO 2002, 54 (*Kai San Holding*), OK 6 februari 2003, ARO 2003, 34 (*S.H.G.P.*), OK 11 mei 2011, ARO 2011, 82 (*Proxy*), OK 14 juni 2012, ARO 2012, 98 (*R/DD*).

²⁵⁷ OK 30 oktober 2003, ARO 2003, 174 (*Landis*).

²⁵⁸ HR 29 april 2005, ARO 2005, 75, concl. A-G Timmerman (*Polisol*).

heden.²⁶¹ Met ‘denkbeeldig’ wordt bedoeld dat het voor betrokkenen en hun adviseurs in de praktijk belangrijk is om zich bij voorgenomen handelen of nalaten te realiseren dat de curator over die bijzonder bevoegdheden beschikt – een open deur, maar niet voor iedereen zo blijkt in de praktijk. Van der Sangen is in dit verband overigens terecht kritisch over de toekenning door de wetgever aan de curator van de bevoegdheid om ex artikel 2:346 lid 3 BW zelfstandig een enquêteverzoek in te dienen.²⁶² Nu het artikel er toch staat kan het betekenis hebben in gevallen waarin geschillen en een gebrek aan inzet op het punt van conflictbeheersing hebben geleid tot een faillissement, net zoals artikel 2:9 BW die betekenis kan hebben.

Binnen de door wet, statuten en contract getrokken grenzen kunnen besluiten stilzwijgend worden genomen, en soms ook min of meer impliciet genomen worden geacht.²⁶³ Zo bijvoorbeeld in de bekende situatie dat de eerste vijfmaands termijn voor vaststelling van de jaarrekening als bedoeld in artikel 2:210 lid 1 BW wordt overschreden. Voor de toepasselijkheid van artikel 2:138/248 lid 2 BW oordeelde de Hoge Raad dat de curator in zo’n geval van een impliciet verlengingsbesluit moet uitgaan zodat pas na dertien maanden na afloop van het boekjaar sprake is van verzuim van de publicatieplicht als bedoeld in artikel

²⁵⁹ Willems 2010, p. 227 e.v., Bartman & Holtzer 2010, p. 79/80, Josephus Jitta 2011, p. 529/530. De rechtspersoon was tot 1 januari 2013 niet bevoegd onderzoek naar eigen beleid te verzoeken, HR 1 februari 2002, NJ 2002, 225 (*De Vries Robbé Groep*), OK 31 juli 2003, ARO 2003, 130 (*Citylens*), OK 5 januari 2004, ARO 2004, 5 (*Polisol*), OK 30 juni 2004, ARO 2004, 89 (*Decidewise*), HR 4 februari 2005, ARO 2005, 27, concl. A-G Timmerman (*Landis*), OK 22 maart 2005, ARO 2005, 62 (*Landis Group*), HR 24 juni 2005, ARO 2005, 104, concl. A-G Timmerman (*Holland Venture*), voorts conclusie A-G Timmerman bij HR 18 november 2005, ARO 2005, 197, NJ 2006, 173 (*Unilever*), OK 3 januari 2005, ARO 2006, 10 en HR 10 september 2010, ARO 2010, 143, concl. Timmerman (*LCI*), OK 9 januari 2006, ARO 2006, 14 en OK 5 juli 2010, ARO 2010, 108 (*KPNQwest*), concl. A-G Timmerman onder 4.23 en 4.33 bij HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107 (*KPNQwest*), OK 21 juni 2011, ARO 2011, 99 (*Bouwvak Nederland*). Zie voor voorbeeld waarin wegens bestaande conflicten het personeel een enquêteverzoek deed OK 10 december 2008, ARO 2009, 1 en OK 12 januari 2010, ARO 2010, 24 en HR 16 april 2010, ARO 2010, 65, concl. A-G Timmerman (*AHAM*).

²⁶⁰ Vgl. OK 18 april 2002, ARO 2002, 51 (*Mega Electra Groep Amsterdam B.V.*) waarin grote sommen geld aan de vennootschap waren onttrokken en waarin twijfelachtig was of daaraan reële verplichtingen ten grondslag lagen. Zie vergelijkbaar ook OK 31 juli 2002, ARO 2002, 128 en ARO 2003, 116 (*Polyplus Holding*), OK 16 oktober 2002, ARO 2002, 155 en 2003, 87 (*Modemagazijnen*), OK 5 januari 2005, ARO 2005, 9 (*SHGP*), OK 1 november 2005, ARO 2005, 192 (*ATR Leasing*). Vgl. voor vernietiging groot aantal besluiten: OK 22 september 2003, ARO 2003, 159 (*IHD Airport Services*).

²⁶¹ Raaijmakers & Van der Sangen 2011, p. 93 e.v.

²⁶² Van der Sangen 2012/1, p. 60 e.v.

²⁶³ HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713 (*Brens qq./Sarper*), Pres. rb Amsterdam 9 december 1997, JOR 1998, 7 (*Textlite*), HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519 (*Duplicado*), HR 21 maart 2008, NJ 2008, 297 (*Nieuwe Steen Investments*).

2:394 BW met de in artikel 2:138/248 lid 2 BW bedoelde consequenties.²⁶⁴ Andere voorbeelden zijn impliciete besluiten in het kader van de oude tegenstrijdig belang regeling, die door de Wet bestuur en toezicht per 1 januari 2013 relevantie heeft verloren,²⁶⁵ zij het dat het thema van het voorkomen van belangenvermenging en tegenstrijdig belang onverminderd actueel blijft.²⁶⁶

Contrair gedrag, zoals niet protesteren tegen een voorgenomen transactie, kan vertrouwen constitueren dat de transactie is toegestaan.²⁶⁷ Voldoende belang kan daardoor worden geacht te ontbreken. Niet protesteren waar dat rechtens aangewezen zou zijn geweest kan leiden tot rechtsverwerking, bijvoorbeeld in de zin van het verliezen van de mogelijkheid om nog tegen een benoeming van een bestuurder op te kunnen komen.²⁶⁸

Voorts kan de contractuele, of liever: consensuele setting naast het lidmaatschap, zolang wet en statuten daarvoor ruimte bieden, het lidmaatschap in door wet en statuten bepaalde zin ‘overheersen’ en zelfs in zekere zin gedeeltelijk ‘overnemen’.²⁶⁹ Zoals in de *Van Andel/Chipshol Forward*-zaak,²⁷⁰ waar besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering aan de vóór de oprichting van de N.V. gemaakte afspraken om een bepaalde commissaris niet te benoemen, niet kon voorbijgaan, hoewel tegelijk vaststond dat noch de vennootschap noch de benoemde commissaris bij die afspraken partij was. Die voorafspraken hadden ook na de oprichting normerende werking. Daarmee werd belang ‘van buiten’ naar ‘binnen’ getrokken: het kon door die voor het lid normerende werking binnen de context van de rechtspersoon een rol gaan spelen.

²⁶⁴ HR 11 juni 1993, NJ 1993/713 (*Brens/Sarper*).

²⁶⁵ Hierover Verdam 2005, Van der Sangen 2010, p. 44 e.v. OK 26 mei 1983, NJ 1984, 481 (*Linders Beheer*), HR 22 maart 1996, JOR 1996, 45 (*Mediasafe I*), HR 11 september 1998, NJ 1999, 191 (*Rabobank/Minderhoud q.q.*), HR 11 september 1999, JOR 1998, 146 (*Mediasafe II*), HR 2 mei 2002, JOR 2002, 111 (*Joral*), V.zr. Rb. 's-Gravenhage 21 maart 2005, JOR 2005, 139 (*Audilux/Sjarbani*), HR 9 juli 2004, JOR 2004, 266, NJ 2004, 519 (*Duplicado*), Hof Arnhem 11 oktober 2005, JOR 2005, 294 (*Bruil-Kombex*).

²⁶⁶ OK 15 oktober 2010, ARO 2010, 162 (*CRV Beheer*).

²⁶⁷ HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/BPF*), in de casus waarvan een statutair voorgeschreven goedkeuringsbesluit niet expliciet gevraagd en gekregen was, maar de betreffende kwestie wel in een managementletter van bestuurder Schwandt aan de raad van commissarissen aan de orde was gesteld. Dat kon in die zaak het verschil maken tussen verwijtbaarheid en ernstige verwijtbaarheid noodzakelijk voor de persoonlijke aansprakelijkheid van Schwandt als bestuurder, reden waarom de Hoge Raad casseerde.

²⁶⁸ HR 29 november 1996, NJ 1997, 345, concl. Mok, nt. Maeijer (*Van Andel/Chipshol Forward*), OK 14 oktober 2011, ARO 2011, 157 (*Fuse*). Schoordijk 1970/1, p. 201, 1993, p. 16 en 32, Van Schilfgaarde 1969, p. 50-51, 177, 1986/2, p. 230.

²⁶⁹ HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers, AA 1997, 4 (*Lampe/Videoworks*).

²⁷⁰ HR 29 november 1996, NJ 1997, 345, concl. Mok, nt. Maeijer (*Van Andel/Chipshol Forward*).

Ook gedrag in en rond de onderneming kan constituerend zijn voor de toerekening van rechtsgevolgen aan de ondernemer (de rechtspersoon) die de rechtspersoon en degenen die in zijn organisatie betrokken zijn hebben te accepteren, ook al is, en soms zelfs juist mede omdat, het organisatierecht niet gevolgd (is). Een voorbeeld is de ‘manager operations’ die door zijn optreden na een brand en de afgifte van zijn kaartje met personalia de gebondenheid van de vennootschap waarvoor hij zei op treden bewerkstelligde, zonder daartoe expliciet bevoegd te zijn.²⁷¹

Door de invoering van de flex-regeling zijn de mogelijkheden voor ‘instrumentele’ benadering – en daarmee het bereik van mogelijke acties ook binnen de rechtspersonenrechtelijke orde – zoals al opgemerkt nog uitgebreid. Artikel 2:192 BW kent voor de flex-B.V. de mogelijkheid van het opnemen van aan het lidmaatschap verbonden verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard tussen aandeelhouders, aandeelhouders en de vennootschap en tussen aandeelhouders en derden, en dus ook van geschillenregelingen houdende die verplichtingen.²⁷² Die statutaire verplichtingen kunnen zodanig zijn geredigeerd dat zij qua rechtsgevolg niet verschillen van verbintenissen die zijn vastgelegd in een contract. Hierdoor is het, ook door de toepasselijkheid van artikel 6:253 BW inzake het derdenbeding,²⁷³ niet onjuist om in die gevallen te spreken over bij de statuten betrokken ‘partijen’ – waaronder de flex-B.V. zelf.

Het voorgaande laat alles bij elkaar zien dat noch het fenomeen van het ‘lidmaatschap’, noch het rechtspersonenrecht, ondanks de principiële uitwisselbaarheid van leden, zich verzet tegen vorm- en inhoudgeving van door het lid ervaren subjectieve belangen, maar ook niet tegen het bestaan van op het lid rustende verplichtingen²⁷⁴ en gehoudenheden, zij het dat artikel 2:34a BW voor de vereniging uitdrukkelijk bepaalt dat slechts bij of krachtens de statuten verbintenissen aan het lidmaatschap kunnen worden verbonden. Gewezen kan worden op de betekenis van artikel 2:8 lid 1 BW dat geldt voor alle Boek 2 BW-rechtspersonen,²⁷⁵ op contributieverplichtingen voor leden van verenigingen, op de verplichting voor leden van het bestuur (bij een B.V. ex artikel 2:129/239 lid 5 BW) en de raad van toezicht (bij een B.V. ex artikel 2:250 lid 1 BW) te handelen in het belang van de rechtspersoon en de ermee verbonden onderneming. Gewezen kan worden op de mogelijkheden binnen de flex-B.V. en op vele andere voorbeelden.

²⁷¹ HR 18 november 1994, NJ 1995, 170 (*NBM/Securicor*).

²⁷² MvT flex-B.V., TK 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 15-22.

²⁷³ MvT flex-B.V., TK 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 44.

²⁷⁴ Artikel 2:27 lid 4 sub c en artikel 2:191 BW.

²⁷⁵ Concl. A-G Timmerman onder 3.10 bij HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105 (*DSM*).

Voorts geldt dat aan bepaald gedrag van een (toekomstig)²⁷⁶ lid, zoals van een aandeelhouder, consequenties verbonden kunnen worden. Voorbeelden zijn de gedwongen overdracht of overname van aandelen,²⁷⁷ of – sedert het arrest van de Hoge Raad inzake *Sluis B.V.*,²⁷⁸ waarin aan de hand van de herhaalde weigering van een aandeelhouder om in een 50/50 stemverhouding medewerking te verlenen aan de uitkering van winst zonder dat voor reservering bedrijfseconomische noodzaak bestond, voor het eerst in het enquêterecht kwam vast te staan dat ook gedragingen van een aandeelhouder tot de kwalificatie ‘wanbeleid van de rechtspersoon’²⁷⁹ kunnen leiden, en dus aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend – doordat (onmiddellijke)²⁸⁰ voorzieningen in het enquêterecht de bestaande aandeelhouders- en zeggenschapsverhoudingen kunnen doorkruisen.²⁸¹

Lidmaatschap is dus – en eigenlijk is dit een open deur – als ‘koppeling’ tussen enerzijds subjectief belang en anderzijds zeggenschap c.q. activiteit een genuanceerd en veelzijdig fenomeen met essentiële betekenis in de interne, maar ook in de externe verhoudingen van de rechtspersoon.²⁸² Het lidmaatschap geeft – zoals opgemerkt – principieel alle ruimte om binnen het kader van wet en statuten, door het lidmaatschap zelf en daar buitenom – door o.a. het contract –, vorm en inhoud te geven aan subjectief ervaren belang, en ook om door bepaalde acties daarvoor op te komen. Tegelijk kunnen de stemverhoudingen en de verdeling van bevoegdheden zoals voortvloeiende uit wet en statuten maar ook de wet zelf daaraan danig in de weg staan, en kan ook de aanwezigheid van voldoende belang, ondanks gegeven lidmaatschap, worden ontzegd (zie bijvoorbeeld artikel 2:15 lid 3 sub a en lid 5 BW).

Lidmaatschap is aldus ‘vorm’ waarin vanuit allerlei invalshoeken materiële belangen betrokken kunnen zijn.

²⁷⁶ OK 27 mei 2010, ARO 2010, 92, JOR 2010, 89, nt. Stevens (*PCM*).

²⁷⁷ Artikelen 2:336 en 2:343 BW.

²⁷⁸ HR 9 juli 1990, NJ 1991, 51 (*Sluis B.V.*), vgl. voor geschillen over winstuitkering OK 13 juli 2007, ARO 2007, 121 (*Villa Happ International*) (waarin verzoek werd afgewezen), OK 29 juni 2010, ARO 2010, 104 (*Poststate*) (in relatie tot artikel 2:8 BW). Zie ook commentaar B. Bier bij Hof Amsterdam 15 november 2011, JOR 2012, 6 (*VEB en Emarcy/KLM en Air France*) in *Ondernemingsrecht* 2012/2. Hierover ook Koelemeijer 2012, p. 41 e.v.

²⁷⁹ Artikel 2:355 BW. Vgl. concl. A-G Bakels onder 2.1 - 2.7 bij HR 21 februari 2003, ARO 2003, 39 (*Viba*), OK 31 juli 2003, ARO 2003, 130 (*Citylens*), OK 6 juni 2011, ARO 2011, 94 (*Synpact*), OK 4 september 2012, ARO 2012, 132 (*Böhmer*), r.o. 3.23.

²⁸⁰ Artikel 2:349a lid 2 BW.

²⁸¹ Artikelen 2:355 en 3:356 BW.

²⁸² Cahen 1965, p. 39-40, over ‘persoonsverdubbeling’ als gevolg van het toetreden tot een V.O.F., een N.V. of ‘een andere gemeenschapsvorm’.

Lidmaatschap verzet zich ook niet principieel tegen opzegging. Niet tegen opzegging aan de rechtspersoon, niet tegen opzegging door de rechtspersoon en niet tegen opzegging in de relatie met andere leden, door of aan die leden.

Zulks blijkt – zoals in de inleiding opgemerkt – uit de artikelen 2:35 en 36 BW voor de vereniging en coöperatie. Het blijkt ook uit de regeling van de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid volgens ontwerp Titel 7.13 BW. In zoverre de relatie tussen de vennoot en de vennootschap als een van lidmaatschapsrechtelijke aard mag worden gezien, zij het een contractuele, bevestigde ook het ingetrokken Ontwerp Titel 7.13 de stelling dat lidmaatschap van een rechtspersoon zich niet principieel tegen opzegging verzet.

Dat doet ook de regeling van het EESV niet. Artikel 27 van de ‘EESV verordening’ bepaalt dat een lid van het EESV – het EESV is rechtspersoon en contract – kan worden uitgesloten in ieder geval wanneer hij ernstig tekort schiet in zijn verplichtingen of de werking van het samenwerkingsverband ernstig verstoort of dreigt te verstoren. Dat is dus de opzegging *aan* een lid. Maar dan: deze uitsluiting kan slechts geschieden bij rechterlijke beslissing op gezamenlijk verzoek van de meerderheid der overige leden, tenzij de oprichtingsovereenkomst anders bepaalt. Dat ligt dus dicht tegen meerderheidsbesluitvorming aan wat typisch voor Boek 2 BW-rechtspersonen is, zonder dat besluitvorming bij gewone meerderheid als iets typisch voor het lidmaatschap moet worden beschouwd. Ook ontbinding kan volgens artikel 31 en 32 van de Verordening alleen plaats vinden bij besluit.

Het zijn eerder, zoals al in de inleiding, paragraaf 2 geconstateerd, de aard van het lidmaatschap – het lidmaatschap via het aandeel –, de op de intrekbaarheid en overdraagbaarheid daarvan toepasselijke wettelijke en statutaire beperkingen en de aard van de ledenverhouding – het ontbreken van een contractuele relatie – die de opzegbaarheid problematisch maken, hoewel dit bij een coöperatie op aandelen weer anders ligt. Dat laat vooralsnog onverlet dat het gaat om lidmaatschap in volle betekenis. Bedoelde beperkingen lijken daarom geen invloed te hoeven hebben op de overige verbintenisrechtelijke gehoudenheden in de onderlinge ledenverhouding en die tot de rechtspersoon, en mogelijk dus ook niet voor andere rechtsgevolgen van scheidingsmelding of opzegging.

Het ontwerp van de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid en het EESV laten samen met het arrest *Kersten/Mantel* zien dat voor de idee van het lidmaatschap de toepasselijkheid van Boek 2 BW niet noodzakelijk is. Vanwege het beschreven ‘vorm’-karakter van het lidmaatschap en vanwege het ontbreken van een wettelijke definitie zijn het lidmaatschap en Boek 2 BW-rechtspersoonlijkheid ook niet onlosmakelijk verbonden. Lid kan iemand ook zijn van een uitsluitend contractueel bepaalde samenwerkingsvorm.

Relevant is de vraag naar de in de ledenverhouding ondanks de aard van het lidmaatschap en de bedoelde barrières bestaande grondnormen. Die zullen mede bepalend zijn voor de samenhang tussen open norm, belang en actie en de betekenis van scheidingsmelding en opzegging.

1.4 Link via het ‘Haviltex-criterium’

De voor het onderwerp van dit boek uiterst relevante en met het voorgaande nauw samenhangende vraag is hoe met aan het lidmaatschap verbonden belang(en) rekening wordt en kan worden gehouden in geval dat belang *juist niet* voldoende expliciet tot uitdrukking komt in wet, statuten of contract. Of in geval stemverhoudingen en de verdeling van bevoegdheden aan het tot uitdrukking komen van bepaalde belangen in de weg staan. Of wanneer opzegging kennelijk juist niet tot de mogelijkheden blijkt te behoren. Gerefereerd werd al aan de betekenis van artikel 2:8 lid 1 BW en aan het enquêterecht, maar betekenis heeft ook het *Haviltex*-criterium.²⁸³ Dit criterium wordt in het navolgende toegelicht in zijn relatie tot artikel 2:8 lid 1 BW. In de volgende paragraaf wordt verder op de betekenis van artikel 2:8 lid 1 en lid 2 BW en van het enquêterecht ingegaan.

Het *Haviltex*-criterium²⁸⁴ houdt zoals bekend in dat bij lacunes in een contract door de rechter niet alleen een puur grammaticale of tekstuele uitleg wordt gehanteerd, maar dat het bij uitleg ook gaat om de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan bepalingen uit het contract mogen toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten. Deze benadering past goed bij het persoonsgebonden karakter van contracten.

In de institutionele benadering bestaat vanwege de uitwisselbaarheid van het lidmaatschap weinig ruimte voor dit type van uitleg.²⁸⁵ De nadruk ligt op een uitleg van statutaire bepalingen naar van de persoon en diens verwachtingen geabstraheerde objectieve maatstaven.²⁸⁶ Bij beursgenoteerde ondernemingen gaat het om objectieve maatstaven en de eisen die de markt en het toezicht daar-

²⁸³ Van der Sangen 2008, p. 5, Steins Bisschop 2010, p. 51 e.v., Hamers & Van Vliet 2012, p. 26/27.

²⁸⁴ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Ermes/Haviltex*), HR 23 oktober 2009, JOR 2010, 4 (*Fduw/Ramsley*), waarover Van Duuren 2012, p. 150. Vgl. HR 10 november 2006, NJ 2007, 561, concl. A-G Timmerman, nt. Snijders (*Groenselect*) en HR 26 november 2010, NJ 2011, 55 concl. A-G Timmerman, nt. Van Schilfgaarde (*Silver Lining*). Verder Vزر. Rechtbank Breda 9 februari 2012, KG ZA 12-6 (*Buro BOV/Van Dongen*) voor een geval van uitleg van een concurrentie-/relatiebeding.

²⁸⁵ Maeijer 2000/1, p. 376/377.

²⁸⁶ Noldus 1969, p. 137. Vgl. HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (*Stichting Pensioenfonds DSM-Chemie/Fox*) en vزر. Rb. Arnhem 10 juli 2009, JOR 2009, 313 (*Delta/Essent*). Hamers & Van Vliet 2005, p. 31/32 en Rb. Zwolle-Lelystad 27 juni 2012, JOR 2012, 249, nt. Jager (*Meepo Holding/Meefout*), r.o. 2.17 e.v.

op stellen, zij het dat ook daar bijzondere belangen via artikel 2:8 BW tot uitdrukking kunnen komen.²⁸⁷

Statuten van een flex-B.V. kunnen evenwel zodanig zijn geredigeerd dat de samenwerking in die flex-B.V. – zoals al opgemerkt – een meer persoonsgebonden karakter krijgt. Persoonsgebonden betekent dan dat bij beëindiging van de samenwerking in de flex-B.V. door opzegging, overlijden of faillissement de statutair verbonden consequenties dezelfde kunnen zijn als of vergelijkbaar met die bij beëindiging van een personenvennootschapscontract, bijvoorbeeld door te voorzien in exit-mogelijkheden of ontbinding van de flex-B.V.

Geschillenregelingen kunnen met de persoonsgebondenheid en met de belangen en daaruit voortvloeiende wensen in besloten verhoudingen rekening houden door bijvoorbeeld te voorzien in opvolgingsclausules bij overlijden, in exit-, geschillen- en waarderingsregelingen en door de aanstelling van door betrokkenen vertrouwde arbiters die zich minder lijdelijk opstellen als het gaat om het vinden van oplossingen in het belang van de vennootschap, de verbonden onderneming, de verbonden aandeelhouders en bestuurders, en derden. De acties worden dan ‘geconstrueerd’ afhankelijk van de belangen van de betrokken partijen en hun visie daarop. Partijen kunnen de mate waarin interventie bij geschillen mogelijk is in geschillenregelingen vergaand zelf bepalen, maar niet helemaal.

Daardoor is bij uitleg van in statuten opgenomen verplichtingen van verbintenissenrechtelijke aard met een meer persoonsgebonden karakter naast zuiver grammaticale interpretatie in voorkomende gevallen ook ruimte voor uitleg aan de hand van de subjectieve bedoelingen en verwachtingen van de verbonden aandeelhouders, de vennootschap en derden op de wijze als al bij contracten,²⁸⁸ in joint venture verhoudingen²⁸⁹ en door toepassing van en uitleg via de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 lid 1 BW²⁹⁰ ook bij de B.V. al vóór de invoering van de flex-regeling mogelijk was.²⁹¹ Dit is voor rechters en arbiters relevant, niet

²⁸⁷ OK 24 maart 2006, ARO 2006, 71 (*Versatel*), OK 27 mei 1999, JOR 1999, 121 (*Gucci III*), OK 14 april 2011, ARO 2011, 71 (*ASMI*).

²⁸⁸ HR 9 juli 2004, NJ 2005, 496 (*Hoevers/Van Dijk*), HR 23 oktober 2009, JOR 2010, 4 concl. A-G Timmerman (*Fduw/Ramsley*) en HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, nt. Van Schilfgaarde (*dierenartspraktijk*), r.o. 3.6.3 en 3.10.2.

²⁸⁹ HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (*Stichting Pensioenfonds DSM-Chemie/Fox*) en vzr. Rb. Arnhem 10 juli 2009, JOR 2009, 313 (*Delta/Essent*).

²⁹⁰ Raaijmakers 2000, p. 69. OK 8 oktober 1998, JOR 1998, 167, OK 30 november 2000, JOR 2001, 4, nt. Van den Ingh, HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79, nt. Van den Ingh (*Zwagerman/Zwagerman Beheer*), OK 20 mei 1999, JOR 2000, 72, nt. Blanco Fernández (*Cromwilld/Versatel*) en OK 8 mei 2002, JOR 2002, 112 (*Broadnet*).

²⁹¹ Van der Sangen 2008, p. 5, Hamers & Van Vliet 2012, p. 26/27.

alleen bij uitleg van die materiële bepalingen in algemene zin, maar in voorkomende gevallen ook bij de uitleg van statutaire geschillenregelingen zelf.²⁹²

Geconcludeerd kan worden dat met de invoering van de flex-regeling bij vragen van interpretatie en uitleg ook het toepassingsbereik van de ‘*Haviltex*-norm’²⁹³ is uitgebreid, welk bereik ook blijkt uit uitspraken als die inzake *Stichting Pensioenfonds DSM-Chemie/Fox*²⁹⁴ over de toepasselijkheid van het *Haviltex*-criterium bij de uitleg van een anti-cumulatiebepaling in een pensioenreglement, wat toch bepaald niet een twee-partijen verhouding is, *Delta/Essent*²⁹⁵ over de toepasselijkheid van het *Haviltex*-criterium bij de uitleg van statuten van een N.V. die was ingebed in een 50/50 joint venture, waarbij de bijzondere rechtsverhouding tussen de partners voor die toepassing aanleiding gaf, met voorbijgaan aan het institutionele karakter van de betreffende N.V., en *Fduw/Ramsley*²⁹⁶ over de verhouding tussen bepalingen in een aandeelhoudersovereenkomst en artikel 2:195 a lid 3 BW.²⁹⁷

Waar in het verleden in jurisprudentie vaker op artikel 2:8 lid 1 BW werd teruggegrepen om de ‘hard and fast rules’ van het N.V.-recht voor de naar haar voorbeeld gemodelleerde B.V.²⁹⁸ met name in besloten verhoudingen te verzachten, is de vraag naar de samenhang tussen de norm van artikel 2:8 lid 1 BW en het *Haviltex*-criterium interessant. Aan de betekenis van artikel 2:8 lid 1 BW werd hierboven rond het voorbeeld van de oproepingsbrief al gerefereerd en de betekenis blijkt ook uit – in de volgende paragraaf nog toe te lichten – uitspraken als die inzake *Zwagerman*²⁹⁹ (over de doorwerking van de familieachtergrond via artikel 2:8 lid 1 BW), *Cromwilld/Versatel*³⁰⁰ (over de betekenis van het joint venture karakter van de relatie tussen de aandeelhouders als het gaat om wat zij van elkaar mogen verwachten), *Gucci*³⁰¹ (over de betekenis van artikel 2:8 lid 1 BW in een overname situatie), *Broadnet*³⁰² (over de doorwerking van de betekenis van de wijze waarop samenwerking tot stand is gekomen), *S’Energy/Sun-*

²⁹² Ook nt. H.J. Snijders bij HR 3 januari 1997, NJ 1998, 127 (*Prudential Bache Securities Holland Inc./Diepgrond*), HR 23 oktober 2009, JOR 2010, 4, concl. A-G Timmerman (*Fduw/Ramsley*). Zie ook Van Daelen & Huybens 2010, p. 100.

²⁹³ Vgl. ook artikel 3:35 BW en nt. Snijders bij HR 3 januari 1997, NJ 1998, 127 (*Prudential Bache Securities Holland Inc./Diepgrond*). Waaijer 1993, p. 11 e.v.

²⁹⁴ HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493.

²⁹⁵ Vزر. Rb. Arnhem 10 juli 2009, JOR 2009, 313.

²⁹⁶ HR 23 oktober 2009, JOR 2010, 4, concl. A-G Timmerman (*Fduw/Ramsley*).

²⁹⁷ Steins Bisschop 2010, p. 51 e.v.

²⁹⁸ Van Schilfgaarde 2003, p. 639 e.v.

²⁹⁹ OK 30 november 2000, JOR 2001, 4, nt. Van den Ingh, HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79, nt. Van den Ingh, HR 4 oktober 2002, ARO 2002, 160 (*Zwagerman Beheer*).

³⁰⁰ OK 8 oktober 1998, JOR 1998, 167, OK 20 mei 1999, JOR 2000, 72, nt. Blanco Fernández (*Cromwilld/Versatel*).

³⁰¹ OK 27 mei 1999, JOR 1999, 121 (*Gucci III*).

³⁰² OK 8 mei 2002, JOR 2002, 112 (*Broadnet*).

*energy Investco*³⁰³ (over de doorwerking van de aandeelhoudersovereenkomst via artikel 2:8 lid 1 BW³⁰⁴) en *F.A.M. Holding/Vanka-Kawat Holding*,³⁰⁵ uitspraken die voorbeelden zijn van analyse van de bijzondere rechtsverhouding tussen aandeelhouders in een B.V. via artikel 2:8 lid 1 BW en via de betrokken belangen en achtergrond van partijen.³⁰⁶

Artikel 2:8 lid 1 BW kan in dit soort gevallen, zeker bij een flex-B.V., in het *Haviltex*-criterium overlopen – de *Zwagerman en Cromwilld/Versatel*-zaak zijn daar in combinatie een goed voorbeeld van – omdat het bij toepassing van het *Haviltex*-criterium gaat om de betekenis die partijen bij lacunes in een contract of een statutaire bepaling in de gegeven omstandigheden over en weer *redelijkerwijs* aan bepalingen uit het contract of de statuten mogen toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien *redelijkerwijs* van elkaar mogen verwachten. Het zal in geval van lacunes daarbij ook gaan om de wederzijds kenbare belangen in het perspectief van de aard van de rechtsverhouding tussen betrokkenen. Dat ‘mogen verwachten’ heeft een actief-kant en een passief-kant. De actief-kant impliceert ‘actieve reflectie’.

Het *Haviltex*-criterium kan bij opzegging zeker een rol spelen. Als uitleg-criterium kan het natuurlijk geen zelfstandige grond voor opzegging zijn. Daarvoor wordt door de Hoge Raad, als de wet of het contract geen grondslag geeft, aangeknoopt bij de aard en inhoud van de overeenkomst³⁰⁷ – waarover de volgende paragraaf en in het vervolg van dit boek. Wel kan het *Haviltex*-criterium een rol spelen bij de uitleg van opzeggingsbepalingen.

1.5 Eerste uitgangspunt

Bij interpretatie en uitleg van open normen en begrippen in de statuten van zo’n min of meer persoonsgebonden B.V. en bij lacunes kan dus aansluiting worden gezocht bij de achterliggende feitelijke en rechtsverhouding tussen betrokkenen. Bijvoorbeeld bij de familierelatie tussen aandeelhouders zoals die in het aangehaalde arrest *Sluis B.V.* ook bestond tussen de beide aandeelhouders.³⁰⁸ Zo oor-

³⁰³ OK 30 december 2008, ARO 2009, 7, JOR 2009, 128 (*Sunenergy*).

³⁰⁴ Van Duuren 2012, p. 145 e.v.

³⁰⁵ Rb. ’s-Gravenhage 1 augustus 2012, JOR 2012, 286, nt. Blanco Fernández (*F.A.M. Holding/Vanka-Kawat Holding*).

³⁰⁶ Vgl. in een uitkoopzaak ook OK 2 mei 2002, ARO 2002, 80 (*Goglio Luigi Milano S.p.A./Luigi Goglio*) r.o. 3.4. Anders in deze zaak HR 16 januari 2004, NJ 2004, 184, concl. A-G Timmerman, nt. Maeijer.

³⁰⁷ HR 3 december 1999, NJ 2000, 120, concl. A-G Hartkamp (*Latour/De Bruijn Wijnkoopers*) en HR 28 oktober 2011, RvdW 2011, 1311, concl. A-G Rank Berenschot (*gemeente de Ronde Venen/Stedin*).

³⁰⁸ HR 9 juli 1990, NJ 1991, 51 (*Sluis B.V.*). Vgl. OK 2 mei 2002, ARO 2002, 80 (*Goglio Luigi Milano S.p.A./Luigi Goglio*) r.o. 3.4., OK 5 juli 2002, ARO 2002, 95 (*Hussen’s Beheer*), OK 24 april 2003, ARO 2003, 77 en OK 15 maart 2005, ARO 2005, 41 (*Em-*

deelde de Hoge Raad in de *Zwagerman*-zaak³⁰⁹ ten aanzien van de situatie bij een gewone B.V.:

*‘De Ondernemingskamer is klaarblijkelijk uitgegaan van de in art. 2:8 BW neergelegde regel dat de vennootschap en degenen die krachtens de wet en de statuten bij haar organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens el-kander moeten gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Uit deze regel vloeit onder meer voort dat de vennootschap zorgvuldigheid moet betrachten met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders. De uitwerking van de zorgvuldigheidsplicht zal mede afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, waarbij zoals de Ondernemingskamer heeft gedaan, in aanmerking mag worden genomen dat het gaat om minderheidsaandeelhouders tegenover meerderheidsaandeelhouders en om familierechtelijke verhoudingen tussen de bij de vennootschap betrokken personen. Onder deze omstandigheden, die zich hier voordoen, kan eerder dan in andere gevallen sprake zijn van de mogelijkheid van een vermenging van de belangen van de vennootschap en van sommige van deze personen, zodat er reden is daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat.’*³¹⁰

Een aantal elementen uit dit citaat valt op. Allereerst overweegt de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer *klaarblijkelijk* is uitgegaan van de in artikel 2:8 lid 1 BW neergelegde regel. De Hoge Raad hanteert het woord ‘klaarblijkelijk’, omdat de Ondernemingskamer de verwijzing naar artikel 2:8 lid 1 BW in de *Zwagerman*-beschikkingen van 8 oktober 1998, JOR 1998, 167 en 30 november 2000, JOR 2001, 4 niet gebruikt. De geciteerde overwegingen van de Hoge Raad zijn dan ook te beschouwen als een reactie op het eerste cassatiemiddel waarin de link met artikel 2:8 lid 1 BW wel wordt gelegd.³¹¹

ba), OK 3 januari 2006, ARO 2006, 11, HR 15 december 2006, ARO 2007, 1, conclusie A-G Timmerman (*Backers en Zoon*), OK 21 juni 2011, ARO 2011, 104 (*Markerink Holding*), OK 31 oktober 2006, ARO 2006, 172 (*Harteveld Holding*), OK 24 november 2006, ARO 2006, 192 en OK 6 oktober 2010, ARO 2010, 151 (*De Leeuw*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 45 (*Bleijlevens Heerlen*), OK 13 maart 2008, ARO 2008, 58 (*Transportbedrijf De Boer*), OK 20 mei 2010, ARO 2010, 88 (*UPA*), OK 29 juni 2010, ARO 2010, 104 (*Poststate*).

³⁰⁹ Vgl. voor bespreking casus ook Van Olffen 2012, p. 367-370, OK 8 oktober 1998, JOR 1998, 167, OK 30 november 2000, JOR 2001, 4, HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79 en HR 4 oktober 2002, ARO 2002, 160 (*Zwagerman*). Zie voor overzicht feiten concl. A-G Wesseling-Van Gent in ARO 2002, 160.

³¹⁰ Vgl. ook concl. A-G Timmerman onder 2.1 bij HR 1 september 2006, ARO 2006, 160 (*Emba*).

³¹¹ Vergelijkbaars gebeurt in de *Viba*-zaak. Zie concl. A-G Bakels onder 2.10 bij HR 21 februari 2003, ARO 2003, 39 (*Viba*) waar de A-G ingaat op het verwijt dat de Ondernemingskamer de aan haar oordeel ten grondslag gelegde maatstaf niet expliciet in haar

De verwijzing naar artikel 2:8 lid 1 BW had de Ondernemingskamer in haar beschikkingen ook niet nodig omdat de Ondernemingskamer ex artikel 2:350 lid 1 BW alleen te toetsen heeft of sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen.³¹² Zij is daarbij niet helemaal gebonden aan wat verzoeker vraagt omdat het in de enquêteprocedure gaat om het door de rechter eigener beweging in de beschouwing te betrekken belang van de vennootschap.³¹³ Uit het verslag van de onderzoekers kan dan vervolgens overeenkomstig artikel 2:355 lid 1 BW blijken dat sprake is van wanbeleid en de Ondernemingskamer kan – een discretionaire bevoegdheid³¹⁴ – dat – bij wijze van verklaring voor recht – toetsen³¹⁵ en bevestigen.³¹⁶

De toets van de Ondernemingskamer zowel in de eerste (‘gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen’) als in de tweede fase (‘wanbeleid’) is marginaal – het gaat om een belangenafweging.³¹⁷ De motivering van de Ondernemingskamer van die afweging geschiedt als het ware ‘om de vrijheid van ondernemersbeleid heen’³¹⁸ en heeft met marginaliteit of oppervlakkigheid verder weinig te maken, gelet op de uitgebreide motiveringen.³¹⁹ Anderzijds is de Onder-

beschikking vermeldde. De Hoge Raad neemt vervolgens artikel 2:8 BW in zijn overwegingen niet mee.

³¹² HR 21 februari 2003, ARO 2003, 39 (*Viba*) r.o. 3.4.3, HR 18 november 2005, ARO 2005, 197, NJ 2006, 173, concl. A-G Timmerman (*Unilever*), concl. A-G Timmerman onder 2.22 bij HR 4 februari 2005, ARO 2005, 27 (*Landis*).

³¹³ Geerts 2004/1, p. 314 onder verwijzing naar de Zwagerman-beschikking, Willems 2011/1, p. 7 linkerkolom onder verwijzing naar HR 30 maart 2007, ARO 2007, 68, concl. A-G Timmerman, nt. Josephus Jitta (*ATR*). Scherper Geerts 2009, p. 197, Veenstra 2011, p. 136. Vgl. Verbrugh & Timmerman 2009, p. 150.

³¹⁴ HR 18 november 2005, ARO 2005, 197, NJ 2006, 173, concl. A-G Timmerman (*Unilever*), HR 30 maart 2007, ARO 2007, 68, concl. A-G Timmerman (*ATR*).

³¹⁵ OK 28 januari 2005, ARO 2005, 18 (*Projectontwikkeling Friesland*).

³¹⁶ Vgl. bijv. OK 10 januari 2002, ARO 2002, 18 (*Viba*).

³¹⁷ Over eerste en tweede fase Assink 2011, p. 205. Concl. A-G Wesseling-Van Gent sub 3.45 bij HR 18 april 2003, ARO 2003, 80 (*RNA*), HR 18 november 2005, ARO 2005, 197, NJ 2006, 173, concl. A-G Timmerman (*Unilever*), HR 15 december 2006, ARO 2007, 1, concl. A-G Timmerman onder 3 e.v. (*Backers en Zoon*), HR 30 maart 2007, ARO 2007, 68, concl. A-G Timmerman (*ATR*), Timmerman 2009, p. 13, OK 20 januari 2009, ARO 2009, 15 (*Barcofra*), OK 9 februari 2009, ARO 2009, 35 (*Fortis*), HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107, concl. A-G Timmerman onder 5 (*KPNQwest*), OK 24 maart 2011, ARO 2011, 62 (*Ulyanovsk*). concl. A-G Timmerman (*KPNQwest*). Ook concl. A-G Timmerman onder 4.11 bij HR 30 maart 2012, ARO 2012, 53 (*ASMI*).

³¹⁸ Timmerman 2003, Assink 2006. Raaijmakers en Van der Schee zijn krachtige pleitbezorgers van dit uitgangspunt, Raaijmakers & Van der Schee 2010, Raaijmakers 2013, p. 15 e.v. Een goed voorbeeld van een genuanceerde uitspraak in een aansprakelijkheidskwestie is Hof Amsterdam 3 juli 2012, JOR 2012, 283, nt. Van Thiel (*Van den Boogert/Wanders Coatings*). Zie ook de kritische noot van P.D. Olden bij Rechtbank 's-Hertogenbosch 11 juli 2012, JOR 2012, 284, (*Kemkens/Maas*).

³¹⁹ Geerts 2004/1, p. 327, Assink 2006, Verbrugh & Timmerman 2009, p. 150/151. Vgl. voor geval van gemotiveerde afwijzing van veertien bezwaren van verzoeker OK 23 ja-

nemingskamer die vrijheid erkennende (vanzelfsprekend) ook afhankelijk van wat partijen aanvoeren, zoals uit de *Allstar*-beschikking blijkt:

‘dat (...) is vooral een kwestie van ondernemersbeleid, in de beoordeling waarvan de Ondernemingskamer in beginsel en in casu niet zal treden nu zij noch in de gedingstukken noch in hetgeen ter terechtzitting is verhandeld enige aanwijzing heeft gevonden dat de (feitelijke) bestuurder van Allstar zijn taak in dit opzicht heeft veronachtzaamd of miskend dan wel die taak overigens zodanig heeft vervuld dat geen redelijk handelend bestuurder de gevolgde handelwijze had kunnen verkiezen met het oog op de belangen van de bij de (onderneming van de) Star Groep betrokkenen.’³²⁰

Bij de vraag of sprake is van wanbeleid kan de schending van artikel 2:8 lid 1 BW – naast andere factoren – een rol spelen en in het kader van de motivering heel bruikbaar zijn, maar nodig is het dus niet.³²¹ Ook in de *Cromwilld/Versatel* zaak³²² volstond de Ondernemingskamer met de toetsing van beleid die tot uitdrukking kwam in een bepaalde wijze van samenwerking, zonder verwijzing naar artikel 2:8 lid 1 BW:

‘Juist is het betoog van Cromwilld dat de wijze waarop de bij de vennootschap betrokkenen met elkaar om dienen te gaan mede dient te worden beoordeeld tegen de achtergrond van de oorspronkelijke verhoudingen binnen de vennootschap en de wijze waarop de samenwerking tussen de betrokkenen tot stand is gebracht en vorm is gegeven. Voorts betoogt Cromwilld terecht dat ook het miskennen van die achtergrond door de vennootschap en mitsdien de wijze waarop – de organen van – een vennootschap omgaan/omgaat met of tekort doen/doet aan de meer in het bijzonder vanwege die achtergrond gerechtvaardigde belangen van een betrokkene een grond kan zijn tot het bevelen van een onderzoek als in deze zaak is verzocht.

Cromwilld betoogt onder verwijzing naar onder meer de aandeelhouders-overeenkomst terecht dat zij, hoezeer zij (slechts) minderheidsaandeelhoudster is, op grond van die verhoudingen en in samenwerking aanspraak kan maken op een andere gedragslijn van Versatel jegens haar dan in het

nuari 2007, ARO 2007, 23 (*VDS Groep*). Voorts HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107, concl. A-G Timmerman (*KPNQwest*), OK 28 augustus 2012, ARO 2012, 119 (*Pierson & Pierson B.V.*).

³²⁰ OK 24 april 2009, ARO 2009, 64 (*Allstar*), r.o. 3.9. Vgl. OK 8 juli 2010, ARO 2010, 110 (*Patchmanager*).

³²¹ Raaijmakers 1987, vgl. conclusie P.G. Mok onder 3.3.1 tot 3.3.2.3 bij HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79 (*Zwagerman*).

³²² OK 20 mei 1999, JOR 2000, 72, nt. Blanco Fernández (*Cromwilld/Versatel*). Van der Sangen 2008, p. 4.

algemeen van een vennootschap jegens minderheidsaandeelhouders en zelfs aandeelhouders in het algemeen geleverd kan worden. Zoals ook Versatel heeft aangevoerd heeft de samenwerking tussen de oorspronkelijke partijen het karakter van een joint venture. De daaruit voor Cromwilld voortvloeiende bijzondere aanspraken kunnen aan Cromwilld niet zonder meer ontnomen worden enkel op de grond dat besluitvorming naar regels van vennootschapsrecht in striktere zin op correcte wijze heeft plaatsgevonden.'

In de Broadnet-zaak³²³ refereert de Ondernemingskamer bij de beoordeling van beleid binnen een joint venture wel aan artikel 2:8 lid 1 BW:

'In het onderhavige geval komt daarbij dat ETH niet een willekeurige (minderheids)aandeelhouder is. De wijze waarop bij de vennootschap betrokkenen met elkaar om behoren te gaan – te beoordelen naar onder meer de vennootschapsrechtelijke normen van artikel 2:8 BW – wordt immers mede bepaald door de bijzondere wijze waarop de samenwerking tussen de betrokken partijen tot stand is gekomen en vorm heeft gekregen. In dit kader kan niet eraan worden voorbijgegaan dat, zoals ook is overwogen in 3.3 van de hiervoor genoemde beschikking van 10 januari 2002, tussen partijen een joint-venture overeenkomst is gesloten op grond waarvan, kort gezegd, ETH – onder meer – het recht heeft een lid van het bestuur bindend voor te dragen.'

In deze uitspraak lijkt artikel 2:8 lid 1 BW te refereren aan een omstandigheid van 'buiten' de rechtspersoon, namelijk de wijze waarop de samenwerking tot stand is gekomen. Het citaat geeft verder weinig duidelijkheid over de betekenis van artikel 2:8 lid 1 BW in de context van de beschikkingen van de Ondernemingskamer.

Uit de geciteerde overwegingen in het *Zwagerman*-arrest van de Hoge Raad valt – enigszins vergelijkbaar – af te leiden dat de familierechtelijke verhouding, ook een element van 'buiten' de rechtspersoon, via artikel 2:8 lid 1 BW en de vertaalslag van de vennootschappelijke zorgvuldigheid, als 'omstandigheid van het geval' betekenis heeft voor de rechtsverhouding van 'binnen'. Het gaat als omstandigheid van het geval om:

'familierechtelijke verhoudingen tussen de bij de vennootschap betrokken personen.'

Familierechtelijke verhoudingen van 'buiten' hebben in de lezing van de Hoge Raad 'als omstandigheid van het geval' via artikel 2:8 lid 1 BW dus betekenis

³²³ OK 8 mei 2002, JOR 2002, 112 (*Broadnet*).

Hoofdstuk 1

‘binnen’ de rechtspersoon, dus tussen de bij de vennootschap betrokken personen. Let wel: het gaat om beoordeling van gedragingen binnen het enquêterecht waardoor wellicht met het trekken van algemene conclusies moet worden opgepast. Aan de andere kant gaat het om een beoordeling door de Hoge Raad die is gesteld in tamelijk algemene termen.

De verwijzing naar de familierechtelijke verhoudingen komt – in tegenstelling tot die naar artikel 2:8 lid 1 BW – ook voor in de beide *Zwagerman*-beschikkingen van de Ondernemingskamer van 8 oktober 1998, JOR 1998, 167 en 30 november 2000, JOR 2001, 4.

Voorbeeldcasus I ('Zwagerman')

Die verhoudingen bestonden onder meer daaruit dat de verzoekers in de enquêteprocedure, Jan en Jacob Zwagerman, ieder voor 5,6% aandeelhouder in Zwagerman Beheer B.V., broers waren van Anneke Zwagerman, gehuwd met P.M. Barnhoorn, op hun beurt bestuurders en aandeelhouders in Barnhoorn & Zwagerman Beheer B.V. Barnhoorn & Zwagerman B.V. hield op haar beurt 53,4% van de aandelen in het kapitaal van Zwagerman Beheer B.V. Volgens de conclusie van A-G Wesseling-Van Gent bij HR 4 oktober 2002, ARO 2002, 160 waren Barnhoorn en Anneke Zwagerman persoonlijk bestuurder van Zwagerman Beheer.

In de eerste beschikking van de Ondernemingskamer ging het daarbij om de beoordeling van een drietal bijzondere transacties van Zwagerman Beheer B.V.:

‘tegen de achtergrond van de bijzondere omstandigheden van het geval en de tussen de diverse betrokkenen bestaande – onder meer familierechtelijke – relaties.

Tegen die achtergrond hebben verzoekers volgens de Ondernemingskamer in de eerste beschikking:

‘op goede gronden aangevoerd dat zij aanspraak hebben op meer informatie dan de vennootschap tot heden aan hen heeft willen geven omtrent de door de vennootschap gerealiseerde omzet en de gemaakte kosten, omtrent de beslissing tot inhouding van winst in verband met haar voornemen andermaal activiteiten te ondernemen op het terrein waarop de vennootschap eerder werkzaam was en omtrent de vraag of en zo ja waarom en tot op welke hoogte het uitkeren van winst aan de aandeelhouders terecht achterwege wordt gelaten in verband daarmee.’

De drie transacties waarvan uit het in opdracht van de Ondernemingskamer vervolgens verrichte onderzoek bleek, waren een door de vennootschap Zwagerman Beheer B.V. aan Barnhoorn & Zwagerman B.V. verstrekte lening waarvan de modaliteiten noch de lening zelf op inzichtelijke en controleerbare wijze waren vastgelegd, de verkoop medio 1997 op niet zakelijk gronden van een aan de Zwagerman Groep toebehorend woonhuis aan de echtgenote van Barnhoorn, Anneke Zwagerman, en de onverplichte verhoging in 1999 door Zwagerman Beheer B.V. van de prijs die zij in 1997 aan Adrighem & Barnhoorn B.V. (een vennootschap die de overige aandelen in Zwagerman Beheer hield) betaalde voor de overname van een aantal kranen.

Bijzonder in het voorgaande is de verwijzing naar de *familierechtelijke* verhouding. Niet wordt kennelijk met die verwijzing bedoeld te zeggen dat *familierecht* hier bijzondere consequenties zou hebben, maar meer dat de achtergrond er een was van *familieverhoudingen*.³²⁴ Dat was als achtergrond – dus als omstandigheid van het geval – net als in de *Cromwilld*-zaak een voor de opstelling van partijen zelf, zoals de Hoge Raad overweegt:

‘zodat er reden is daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat.’

en dus een bij de beoordeling van de opstelling van partijen relevante factor.

Tegelijk geldt dat de drie geschetste transacties zo bijzondere uitdrukkingen van belangenvermenging zijn dat het de vraag is of voor de kwalificatie van het beleid als wanbeleid de specifieke *familie*achtergrond er toe doet, en of niet iedere besloten verhouding met vergelijkbare transacties tot vergelijkbare waardering en conclusies zou dienen te leiden, hetgeen gelet op de rechtspraak van de Ondernemingskamer wel kan worden volgehouden.³²⁵ Dat het hier om transacties

³²⁴ Zoals in OK 7 januari 2005, ARO 2005, 8 (*X Holding*), OK 13 maart 2008, ARO 2008, 58 (*Transportbedrijf De Boer*).

³²⁵ Vgl. voor varianten van belangenvermenging: OK 22 mei 2002, ARO 2002, 52 (*Mega Electra Groep Amsterdam B.V.*), OK 28 juni 2002, ARO 2002, 91 (*Blokland Techniek*), OK 25 juli 2002, ARO 2002, 114 (*Crescendo*), OK 30 juli 2002, ARO 2002, 125 (*Janson Holding*), OK 16 oktober 2002, ARO 2002, 155 (*Modemagazijnen*), OK 26 november 2002, ARO 2002, 178 (*Translift Nederland*), OK 2 december 2002, ARO 2002, 182 (*MicroCash*), OK 2 december 2002, ARO 2002, 183 (*Erts Jura Investments*), OK 6 februari 2003, ARO 2003, 34 (*S.H.G.P.*), OK 11 februari 2003, ARO 2003, 36 (*Kempenaars/Coppens Papierrecycling*), OK 12 december 2002, ARO 2003, 4 (*Ed Ros & Wanink B.V.*), OK 30 december 2002, ARO 2003, 18 (*Aesculaap Beheer*), OK 5 maart 2003, ARO 2003, 51 en 89 (*Makelaardij Huis 77*), OK 4 juni 2003, ARO 2003, 94 (*Interieurbouw Tom*), OK 5 juni 2003, ARO 2003, 96 (*Schrums*), OK 27 juni 2003, ARO 2003, 113 (*Johnny Hoes*), OK 11 juli 2003, ARO 2003, 126 (*Pimco*), OK 31 juli 2003, ARO 2003, 130 (*Citylens*), OK 27 november 2003, ARO 2004, 1 (*Riant Holding*), OK

tegen een familieachtergrond gaat, is dan eigenlijk een min of meer toevallige omstandigheid die de rechtsverhouding inkleurt. De familierelaties maken de betreffende verhoudingen wel herkenbaar als besloten verhouding. Dat kan ook gebeuren door het feit dat sprake is van een samenwerkingsovereenkomst.³²⁶

10 december 2003, ARO 2003, 186 (*ERU Beheer*), OK 23 januari 2004, ARO 2004, 20 (*Trial*), OK 16 april 2004, ARO 2004, 57 (*Uit Agenda*), OK 23 juli 2004, ARO 2004, 97 (*Costa Rica Project Management*), OK 19 mei 2004, ARO 2004, 76 (*Welgelegen*), OK 4 januari 2005, ARO 2005, 5 (*Het Bouwbureau*), OK 5 januari 2005, ARO 2005, 9 (*SHGP*), OK 7 januari 2005, ARO 2005, 8 (*X Holding*), OK 11 maart 2005, ARO 2005, 37 (*Samlerhuset Group*), OK 24 maart 2005, ARO 2005, 53 (*CBR*), OK 4 mei 2005, ARO 2005, 76 en ARO 2006, 9 (*Broerse*), OK 20 juni 2005, ARO 2005, 97 (*Firma W. van 't Hart & Zonen Holding*), OK 22 juli 2005, ARO 2005, 121 (*Arthromed*), OK 29 juli 2005, ARO 2005, 144 (*Great!Company*), OK 17 augustus 2005, ARO 2005, 168 (*Schrums*), OK 8 september 2005, ARO 2005, 186 (*Smit Transformatoren*), OK 15 november 2005, ARO 2005, 194 (*Global Green*), OK 29 november 2005, ARO 2005, 210 (*Dyna Music*), OK 6 januari 2006, ARO 2006, 13 (*Mondoor Beheer*), OK 11 januari 2006, ARO 2006, 26 (*Finoren Holding*), OK 18 januari 2006, ARO 2006, 35 (*Laurus*), OK 1 februari 2006, ARO 2006, 46 (*S. van Baarsen Halfweg*), OK 16 februari 2006, ARO 2006, 47 (*Trial*), OK 22 februari 2006, ARO 2006, 56 (*Carboply*), OK 24 februari 2006, ARO 2006, 58 (*CDG*), OK 7 maart 2006, ARO 2006, 65 (*T&L Verzekeringen*), OK 9 mei 2006, ARO 2006, 99 en OK 2006, 145 (*TriQorp*), OK 28 juni 2006, ARO 2006, 114 (*VVVH*), OK 24 november 2006, ARO 2006, 195 (*Elf*), OK 27 december 2006, ARO 2007, 4 (*Woudwood*), OK 28 december 2006, ARO 2007, 6 en HR 14 maart 2008, ARO 2008, 56 (*Begemann*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 43 (*Dutch A&A*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 45 (*Bleijlevens Heerlen*), OK 19 april 2007, ARO 2007, 72 (*Begemann*), OK 22 juni 2007, ARO 2007, 102 (*Micam*), OK 16 juli 2007, ARO 2007, 122 (*Technoton*), OK 27 september 2007, ARO 2007, 161 (*Heem Estate*), OK 6 mei 2008, ARO 2008, 88 (*Wilmont*), OK 5 augustus 2008, ARO 2008, 133 (*Rokin87*), OK 5 augustus 2008, ARO 2008, 134 (*Sijthoff*), OK 2 februari 2009, ARO 2009, 32 (*STAK Bloem*), OK 17 februari 2009, ARO 2009, 45 en HR 10 september 2010, ARO 2010, 140, concl. Timmerman (*Butôt Holding*), OK 27 maart 2009, ARO 2009, 58 (*Pine Digital*), OK 8 april 2009, ARO 2009, 61 (*LogiSpring Holding*), OK 24 april 2009, ARO 2009, 64 (*Allstar*), OK 15 mei 2009, ARO 2009, 78 (*Flora Plus*), OK 29 mei 2009, ARO 2009, 82 (*Broekmans Assurantiën*), OK 29 mei 2009, ARO 2009, 84 (*Triple E*), OK 9 juli 2009, ARO 2009, 119 (*Bergmont*), OK 30 oktober 2009, ARO 2009, 161 (*Cancun Holding*), OK 30 oktober 2009, ARO 2009, 163 (*VDHT*), OK 3 maart 2010, ARO 2010, 49 (*Océ*), r.o. 3.8 en 3.9, OK 11 mei 2010, ARO 2010, 85 (*CKC*), OK 20 mei 2010, ARO 2010, 88 (*UPA*), OK 14 februari 2011, ARO 2011, 36 (*Amtrada*), OK 17 februari 2011, ARO 2011, 38 (*Ambiente*), OK 17 maart 2011, ARO 2011, 57 (*Spaarnwoude*), OK 11 mei 2011, ARO 2011, 82 (*Proxy*), OK 28 juli 2011, ARO 2011, 133 (*Königsberg*), OK 22 september 2011, ARO 2011, 145 (*Client First*), OK 14 oktober 2011, ARO 2011, 161 (*Ogilvy*), OK 8 december 2011, ARO 2012, 1 (*Noork*), OK 13 december 2011, ARO 2012, 5 (*Leidsestraat Apotheek*), OK 20 februari 2012, ARO 2012, 28 (*Mojo Theater*), OK 24 februari 2012, ARO 2012, 30 (*Cerflex*), OK 29 oktober 2012, ARO 2012, 154 (*NAD*), OK 22 november 2012, ARO 2012, 163 (*VLVDL*), OK 26 november 2012, ARO 2012, 165 (*Via Parva*).

³²⁶ Raaijmakers & Van der Sangen 2009, OK 26 juli 2002, ARO 2002, 121 (*Masa Transportation*), OK 8 mei 2002, JOR 2002, 112 (*Broadnet*), OK 14 maart 2003, ARO 2003, 48 (*Carmeuse North America*), OK 13 april 2004, ARO 2004, 54 (*Cebepe*), OK 18 augustus 2004, ARO 2004, 106 (*CNA*), OK 28 december 2005, ARO 2006, 8 (*Noord*), OK

De Ondernemingskamer overweegt onder r.o. 3.1 van haar beschikking van 1 maart 2002 dat:

‘een vennootschap jegens haar minderheidsaandeelhouders ‘een bijzondere zorgvuldigheid’ in acht dient te nemen en meer in het bijzonder moet voorkomen dat verstrengeling van haar belangen met die van haar directie en/ of haar meerderheidsaandeelhouders plaatsvindt. Ook dient zij naar behoren opening van zaken te geven. Deze zorgvuldigheidsplicht weegt naar het oordeel van de Ondernemingskamer des te zwaarder in een geval als het onderhavige waarin onder meer sprake is van familierechtelijke verhoudingen tussen diverse betrokkenen.’

De familierechtelijke verhoudingen doen de verhouding binnen de betreffende B.V. dus herkennen als besloten en versterken volgens de Ondernemingskamer de te betrachten zorgvuldigheid. Maar eigenlijk creëert het voorkomen van de enkele belangenvermenging volgens de Ondernemingskamer die zorgvuldigheidsplicht en kan dus al het daarin te kort schieten aanleiding vormen voor gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen.³²⁷ Intussen geldt artikel 2:8 lid 1 BW steeds en daarmee dus steeds ook de zorgvuldigheidsplicht.

22 februari 2006, ARO 2006, 56 (*Carboply*), OK 12 juli 2006, ARO 2006, 131 (*B&M*), OK 24 november 2006, ARO 2006, 195 (*Elf*), OK 12 juli 2007, ARO 2007, 119 (*Tulip Beheer*), OK 11 mei 2010, ARO 2010, 86 (*GeoMar*), OK 24 mei 2011, ARO 2011, 84 (*ODE Beheer*), OK 6 juni 2011, ARO 2011, 94 (*Synpact*), OK 10 april 2012, ARO 2012, 56 (*Sequoia*), OK 19 juli 2012, ARO 2012, 113 (*Cancun*), Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 2012, JOR 2012, 286, nt. Blanco Fernández (*F.A.M. Holding/Vanka-Kawat Holding*).

³²⁷ Koelemeijer 2012, p. 41 e.v. OK 28 april 2004, ARO 2004, 64 (*SCUA Holding*), OK 23 juli 2004, ARO 2004, 97 (*Costa Rica Project Management*), OK 15 november 2005, ARO 2005, 194 (*Global Green*), OK 4 januari 2005, ARO 2005, 5 (*Het Bouwbureau*), OK 5 januari 2005, ARO 2005, 9 (*SHGP*), OK 20 april 2005, ARO 2005, 64 (*CallActive*), OK 26 mei 2005, ARO 2005, 87 (*Taxi Centrale Amsterdam*), OK 24 juni 2005, ARO 2005, 102 (*Force Europe*), OK 21 juni 2011, ARO 2011, 104 (*Markerink Holding*), OK 19 juli 2005, ARO 2005, 118 (*Bouwburo*), OK 2 augustus 2005, ARO 2005, 153 en ARO 2008, 10 (*De Hasker*), OK 18 augustus 2005, ARO 2005, 161 (*Dubbelhuis en De Olde Molen*), OK 14 december 2005, ARO 2006, 3 (*Versatel*), OK 28 december 2005, ARO 2006, 8 (*Noord*), OK 18 januari 2006, ARO 2006, 35 (*Laurus*), OK 24 februari 2006, ARO 2006, 58 (*CDG*), OK 7 maart 2006, ARO 2006, 65 (*T&L Verzekeringen*), OK 3 mei 2006, ARO 2006, 97 (*Bonne Route Holding*), OK 13 juli 2006, ARO 2006, 133 (*Audilux*), r.o. 3.7 en 3.9, concl. A-G Timmerman bij HR 1 september 2006, ARO 2006, 160 (*Emba*), OK 24 november 2006, ARO 2006, 195 (*Elf*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 45 (*Bleijlevens Heerlen*), OK 19 april 2007, ARO 2007, 72 (*Bege-mann*), OK 20 juli 2007, ARO 2007, 124 (*Hogeboom*), OK 27 september 2007, ARO 2007, 161 (*Heem Estate*), OK 6 mei 2008, ARO 2008, 88 (*Wilmont*), OK 19 mei 2008, ARO 2008, 104 (*Elephas*), OK 10 september 2008, ARO 2008, 155 (*Janssen Holding*), OK 17 februari 2009, ARO 2009, 45 en HR 10 september 2010, ARO 2010, 140, concl. Timmerman (*Butôt Holding*), OK 27 maart 2009, ARO 2009, 58 (*Pine Digital*), OK 8 april 2009, ARO 2009, 61 (*LogiSpring Holding*), OK 4 november 2009, ARO 2009, 164 (*3ple-Media*), OK 3 maart 2010, ARO 2010, 49 (*Océ*), r.o. 3.9, OK 20 mei 2010,

Volgens de geciteerde overwegingen uit het arrest van de Hoge Raad inzake de *Zwagerman*-zaak, dus in aansluiting op het cassatiemiddel, is de Ondernemingskamer hierbij ‘klaarblijkelijk’ uitgegaan van de in artikel 2:8 lid 1 BW neergelegde regel. Uit de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 lid 1 BW vloeit dan voort dat de vennootschap (lees: de rechtspersoon) zorgvuldigheid moet betrachten met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders. Aandacht verdient wat betreft dat element ‘klaarblijkelijk’ in de overwegingen van de Hoge Raad dat als het gaat om zorgvuldigheid van de vennootschap tegenover minderheidsaandeelhouders de ‘sleutel’ in deze besloten verhouding door de Hoge Raad wordt gezet in de eisen van artikel 2:8 lid 1 BW.

Geconstateerd kan worden dat binnen het kader van het enquêterecht tenminste vijf criteria aldus richting geven aan de aan de vennootschap (rechtspersoon) te stellen eis van zorgvuldigheid jegens minderheidsaandeelhouders, (waarbij overigens ook minderheidsaandeelhouders/niet bestuurders tot op zekere hoogte de belangen van de vennootschap en haar bestuurder/(mede)aandeelhouder in het oog behoren te houden)³²⁸ te weten:

- (1) het besloten karakter van de verhouding – als ‘omstandigheid van het geval’ in het citaat uit het *Zwagerman*-arrest van de Hoge Raad, te weten de meerderheidsaandeelhouders tegenover minderheidsaandeelhouders en hun familierechtelijke verhouding, voorts de achtergrond van de oorspronkelijke verhouding en het joint venture karakter van de samenwerking uit de *Cromwilld*-zaak, verder de familieverhoudingen uit de OK-beschikkingen inzake *Zwagerman*, dan wel de wijze van samenwerking *onder meer* via artikel 2:8 lid 1 BW uit het *Broadnet*-arrest. Het zijn casus die, zo blijkt ook uit de voetnoten hieronder, met vele voorbeelden zijn uit te breiden;
- (2) de betrokken belangen (zoals in de *Zwagerman*-zaak) – overigens goed te combineren met het evenredigheidsbeginsel van Van Ginneken en Timmerman³²⁹ (zie de inleiding, paragraaf 8), welke belangen – net als in het in de inleiding, paragraaf 2 aangehaalde voorbeeld van de oproe-

ARO 2010, 88 (*UPA*), OK 27 mei 2010, ARO 2010, 92, JOR 2010, 89, nt. Stevens (*PCM*), OK 31 januari 2011, ARO 2011, 29 (*A&D*), OK 17 maart 2011, ARO 2011, 57 (*Spaarnwoude*), OK 30 maart 2011, ARO 2011, 63 (*Muntal*), OK 11 mei 2011, ARO 2011, 82 (*Proxy*), OK 6 juni 2011, ARO 2011, 94 (*Synpact*), OK 28 juli 2011, ARO 2011, 133 (*Königsberg*), OK 19 juli 2012, ARO 2012, 113 (*Cancun*). Het enkele niet vermijden van de schijn van partijdigheid is als grondslag onvoldoende, OK 24 december 2003, ARO 2004, 10 (*IMD*). Het enkele stellen dat sprake is van onaanvaardbare belangenvermenging voldoet niet, OK 18 januari 2006, ARO 2006, 35 (*Laurus*).

³²⁸ OK 29 mei 2009, ARO 2009, 84 (*Triple E*).

³²⁹ Van Ginneken & Timmerman 2011, p. 602 en 603. Ook De Jongh 2011, p. 608 e.v.

pingsbrief – kunnen leiden tot het in acht moeten nemen van medede-
lings- en onderzoeksplichten en het geven van openheid van zaken;³³⁰

- (3) van *alle* aandeelhouders – maar eigenlijk van alle bij de organisatie van de rechtspersoon betrokkenen, vanuit ieders bijzondere door wet, statuten en contract bepaalde positie en verantwoordelijkheid;
- (4) de eis van gelijke behandeling van aandeelhouders als voortvloeiend uit de wet binnen de context³³¹ van N.V. en B.V.-recht³³²; en
- (5) het voorkomen van vermenging van belangen.³³³

Aan deze vijf zorgvuldigheidscriteria wordt hierna gerefereerd.

Alleen het eerste criterium zegt iets over de aard van de verhouding te verstaan als ‘soort’. Binnen iedere ‘soort’ kan sprake zijn van inbreuk op betrokken belangen, bijvoorbeeld vermenging van belangen, of – als het gaat om een B.V. of N.V. – om inbreuk op het gelijkheidsbeginsel, zoals ontoelaatbaar ongelijke behandeling. Van belangenvermenging kan ook sprake zijn binnen een woningbouwcorporatie, wat een andere soort van verhouding is, of liever: een andere soort van verhouding kan zijn.

Artikel 2:8 lid 1 BW, ofschoon de Ondernemingskamer een verwijzing er naar dus niet nodig heeft en ook relatief weinig gebruikt³³⁴ – meestal naar aanleiding

³³⁰ OK 21 december 2004, ARO 2004, 145 (*Unilever*), OK 15 november 2005, ARO 2005, 194 (*Global Green*), OK 27 september 2005, ARO 2005, 182 (*Versatel*) r.o. 3.8., OK 25 maart 2005, ARO 2005, 57 (*Ogilvy*), OK 2 augustus 2005, ARO 2005, 153 en ARO 2008, 10 (*De Hasker*), OK 11 januari 2006, ARO 2006, 26 (*Finoren Holding*), OK 26 februari 2008, ARO 2008, 49 (*Open Line*), OK 5 maart 2008, ARO 2008, 53 (*Kalf Beheer*), OK 11 maart 2010, ARO 2010, 50 (*Comos International*).

³³¹ Raaijmakers 2012/3, p. 35 e.v., OK 1 mei 2003, ARO 2003, 81 (*Bosbo*).

³³² Vgl. OK 22 februari 2002, ARO 2002, 34 (*RNA*), r.o. 3.10 in relatie tot de gang van zaken rond de oproeping voor een vergadering van aandeelhouders, OK 28 maart 2007, ARO 2007, 67 en HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105, concl. A-G Timmerman (*DSM*). Verder OK 28 augustus 2008, ARO 2008, 138 (*Heem Estate*), OK 10 september 2008, ARO 2008, 155 (*Janssen Holding*), OK 27 maart 2009, ARO 2009, 58 (*Pine Digital*), OK 3 maart 2010, ARO 2010, 49 (*Océ*), r.o. 3.9, OK 28 april 2010, ARO 2010, 71 (*Cancun*), OK 20 februari 2012, ARO 2012, 28 (*Mojo Theater*). Mogelijke ongelijkheid in vergoeding bestuurders onvoldoende reden om aan juist beleid te twijfelen en hoogte salaris of compensatie in aandelenbelang juist geen wanbeleid OK 27 december 2007, ARO 2008, 6 (*SIM*), OK 15 augustus 2007, ARO 2007, 146 (*Van 't Hart*), OK 8 maart 2010, ARO 2010, 44 (*Allround Cargo*).

³³³ Vgl. ook De Jong 2011, p. 614 e.v. die vier gezichtspunten formuleert: de belangen van derden, afstemming van middel en doel, aandeelhouders dienen acht te slaan op het belang van de vennootschap, aandeelhouders geven zich rekenschap van tegenstrijdige belangen.

van het beroep dat daarop door verzoeker wordt gedaan –, heeft op de wijze als hiervoor toegelicht vanuit de vennootschap beschouwd, maar ook in de relatie tussen aandeelhouders onderling (NB: rechtsgeldige meerderheidsbesluiten worden aan de vennootschap toegerekend) belangrijk functie als het gaat om de (h)erkenning van aan de zijde van een minderheidsaandeelhouder (Jan en Jacob Zwagerman, ieder voor 5,6% aandeelhouder) betrokken belang bij zorgvuldige besluitvorming als de stemverhoudingen en de verdeling van bevoegdheden aan het tot uitdrukking brengen van dat belang door de uitoefening van stemrecht strikt formeel in de weg staan.

Dat geldt ook buiten het enquêterecht.

Die functie heeft artikel 2:8 lid 1 BW met name als het gaat om acties tot positieve nakoming van uit dat artikel af te leiden verplichtingen – zoals informatieverplichtingen en de verplichting zorgvuldig om te gaan met andere betrokken

³³⁴ OK 11 juli 2003, ARO 2003, 126 (*Pimco*), OK 14 juli 2003, ARO 2003, 128 (*Wireless*), OK 10 december 2003, ARO 2003, 186 (*ERU Beheer*), OK 4 mei 2005, ARO 2005, 113 (*Unilever*)(waarin verwijzing naar de goede trouw voorkomt), OK 8 september 2005, ARO 2005, 186 (*Smit Transformatoren*), OK 16 november 2005, ARO 2005, 196 (*UMI Beheer*), OK 29 november 2005, ARO 2005, 210 (*Dyna Music*), OK 27 september 2005, ARO 2005, 182 (*Versatel*) (in kader openbaar bod), OK 16 februari 2006, ARO 2006, 47 (*Trial*), OK 22 februari 2006, ARO 2006, 56 (*Carboply*), OK 24 maart 2006, ARO 2006, 71 (*Versatel*), OK 28 april 2006, ARO 2006, 73 (*Drukkerij Bevrijding*) (waarin in r.o. 3.7 de term ‘niet onredelijk’ wordt gebruikt), OK 13 oktober 2006, ARO 2006, 171 (*Makelaarskantoor H. Post*), OK 16 oktober 2006, ARO 2006, 173 (*Doorzand Medical*), r.o. 3.5, OK 17 januari 2007, ARO 2007, 21 (*Stork*), OK 1 februari 2007, ARO 2007, 33 (*GreenSwan*)(verwijzing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid), OK 8 februari 2007, ARO 2007, 34 (*De Benpuck*), OK 12 februari 2007, ARO 2007, 35 (*Versatel*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 46 (*ITPB*), OK 20 juni 2007, ARO 2007, 110 (*CBR*), OK 16 juli 2007, ARO 2007, 122 (*Technoton*) (verwijzing naar redelijkheid en billijkheid), OK 16 oktober 2007, ARO 2007, 165 en ARO 2008, 143 (*AIM Opleidingen*) (verwijzing naar redelijkheid en billijkheid), OK 4 februari 2008, ARO 2008, 38 (*Focwa*), OK 26 februari 2008, ARO 2008, 49 (*Open Line*), OK 7 maart 2008, ARO 2008, 55 (*Venema en Noppe*)(verwijzing naar redelijkheid en billijkheid), OK 4 april 2008, ARO 2008, 80 (*Holystaete*), OK 17 april 2008, ARO 2008, 85 (*ABN Amro*), OK 6 mei 2008, ARO 2008, 88 (*Wilmont*), OK 10 december 2008, ARO 2009, 1 en OK 12 januari 2010, ARO 2010, 24 en HR 16 april 2010, ARO 2010, 65, concl. A-G Timmerman (*AHAM*) (‘in redelijkheid’), OK 26 januari 2009, ARO 2009, 19 (*Fun Food*), OK 16 februari 2009, ARO 2009, 43 (*Hycult*), OK 27 maart 2009, ARO 2009, 58 (*Pine Digital*), OK 13 mei 2009, ARO 2009, 77 (*ASMI*), OK 29 mei 2009, ARO 2009, 84 (*Triple E*), OK 31 december 2009, ARO 2010, 6 (*Inter Access Groep*) (verwijzing naar artikel 6:258 BW in, r.o. 3.14 en naar redelijkheid in r.o. 3.16, OK 15 april 2010, ARO 2010, 64 (*SIV*), OK 27 mei 2010, ARO 2010, 92, JOR 2010, 89, nt. Stevens (*PCM*), OK 16 juni 2010, ARO 2010, 94 (*Cascal*), OK 29 juni 2010, ARO 2010, 104 (*Poststate*), OK 16 december 2010, ARO 2011, 4 (*Van der Linden Holding*), OK 31 januari 2011, ARO 2011, 29 (*A&D*), OK 28 juni 2011, ARO 2011, 107 (*Waterspreng*), OK 13 december 2011, ARO 2012, 5 (*Leidsestraat Apotheek*), OK 21 juni 2012, ARO 2012, 108 (*Rofitec*), OK 19 juli 2012, ARO 2012, 113 (*Cancun*), OK 3 september 2012, ARO 2012, 130 (*Pebblestone*).

belangen – en bij de vernietiging van besluiten ex artikel 2:15 lid 1 sub b BW.³³⁵ En als richtsnoer bij bestuurlijk handelen voor de vennootschap: zodra strijd met gedragseisen van redelijkheid en billijkheid ook inhoudt dat sprake is van gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen bestaat de mogelijkheid van correctie via het enquêterecht.

Artikel 2:8 lid 1 BW is dus als het gaat om de samenhang tussen belang en actie bij geschillen in besloten verhoudingen een belangrijke basisnorm.³³⁶ Belangrijk blijft tegelijk – het is al een paar keer opgemerkt – te zien dat artikel 2:8 lid 1 BW geïnterpreteerd moet worden tegen de achtergrond van de wettelijke systematiek. Als bijvoorbeeld de aandeelhoudersvergadering in het systeem van de wet restbevoegdheid heeft (artikel 2:107/217 lid 2 BW) en zich ten opzichte van het bestuur aan door wet en statuten getrokken grenzen dient te houden,³³⁷ dan is het de vraag of, en zo ja, in hoeverre een individuele aandeelhouder door beroep op artikel 2:8 BW zijn positie ten opzichte van het bestuur of zelfs een individuele bestuurder kan creëren met voorbijgaan aan die grenzen. Op dit thema komen paragraaf 4.5 hierna, hoofdstuk 2, paragraaf en hoofdstuk 3, paragraaf nog terug.

Desondanks blijft ten aanzien van artikel 2:8 lid 1 BW als grondnorm toch nog enige aarzeling bestaan en die aarzeling is aanleiding voor de formulering van het eerste van vijf uitgangspunten die aan dit boek ten grondslag liggen – de andere vier worden geformuleerd in paragraaf 4 hierna.

De vraag rijst immers of de geciteerde reactie van de Hoge Raad in het Zwagerman-arrest op het cassatiemiddel waarin opgenomen de verwijzing naar artikel 2:8 lid 1 BW, de vertaalslag via de vennootschappelijke zorgvuldigheid, de link naar de ‘omstandigheden van het geval’,³³⁸ dan wel de verwijzing naar de achtergrond niet eenduidiger kan.

Ten tweede: artikel 2:8 lid 1 BW is een Boek 2 BW-norm met een bijzondere in artikel 2:15 lid 1 sub b BW besloten liggende consequentie bij besluiten in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Het is ook een interne norm, waar de Ondernemingskamer in het enquêterecht een ander toetsingskader gebruikt en duidelijk oog heeft voor meer externe factoren, zoals de familieverhouding, het coöperatief karakter, de achtergrond en totstandkoming van de samenwerking, etc. Artikel 2:8 lid 1 BW wordt daardoor wat breder geïnterpreteerd, waarvoor ook wel ruimte lijkt te bestaan, maar waar liggen de grenzen? Hoe kan het dat een

³³⁵ Klein Wassink 2012, p. 70 e.v.

³³⁶ Concl. A-G Timmerman bij HR 18 november 2005, ARO 2005, 197, NJ 2006, 173 (*Unilever*), onder 4.15.

³³⁷ HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 (*Forumbank*).

³³⁸ HR 15 december 2006, ARO 2007, 1, concl. A-G Timmerman onder 3 e.v. (*Backers en Zoon*).

toetredende of al uitgetreden aandeelhouder door artikel 2:8 lid 1 BW wordt geraakt? Wat is daar de dogmatische grondslag voor?³³⁹

Ten derde: is artikel 2:8 lid 1 BW als Boek 2 BW-norm – of liever: zijn de gedragseisen van redelijkheid en billijkheid – *in dezelfde inhoudelijke* betekenis grondnorm over de hele breedte van het ondernemingsrecht? Ook als rechtspersonen contractuele of de samenwerking in rechtspersonen consensuele grondslag zouden hebben?

Aan de beantwoording van deze drie vragen wordt richting gegeven door de tekst van artikel 6:248 lid 1 BW dat voor overeenkomsten bepaalt:

‘Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.’ (onderstreping P)³⁴⁰

Gedachte die op basis van deze bepaling ten grondslag ligt aan het in deze paragraaf te omschrijven eerste uitgangspunt voor het vervolg van dit boek is om in het kader van de toepassing van het eerste criterium van de vijf boven genoemde zorgvuldigheidscriteria – waar het zoals in het citaat uit het *Zwagerman*-arrest van de Hoge Raad gaat om het besloten karakter als ‘omstandigheid van het geval’ – niet te refereren aan de ‘omstandigheden van het geval’ – wat te willekeurig lijkt, maar aan de aard – het soort – van de lidmaatschapsverhouding en ledenverhouding³⁴¹ (wat dus iets anders is dan de aard van het *lidmaatschap*).

Dit eerste uitgangspunt wordt hierna toegelicht.

Bij de aard van het *lidmaatschap* gaat het om de vraag of dat lidmaatschap persoonlijk is (vergelijk artikel 2:34 lid 1 BW dat een iets andere strekking heeft, de vereniging is altijd een personenverband), dan wel onlosmakelijk verbonden met het aandeel zoals bij kapitaalvennootschappen. Bij de aard van de *lidmaatschapsverhouding* (als rechtsverhouding) gaat het om de verbintenisrechtelijke relatie tussen een lid en de rechtspersoon; bij de *ledenverhouding* om de verbintenisrechtelijke relatie tussen de leden onderling, voor welke beide rechtsverhoudingen de aard van het lidmaatschap betekenis kan hebben.

³³⁹ Bulten 2011/1 p. 63.

³⁴⁰ Vgl. HR 3 december 1999, NJ 2000, 120, concl. A-G Hartkamp (*Latour/De Bruijn Wijnkopers*) en HR 28 oktober 2011, RvdW 2011, 1311, concl. A-G Rank Berenschot (*gemeente de Ronde Venen/Stedin*).

³⁴¹ Vgl. conclusie P.G. Mok onder 3.2.5.2 bij HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79 (*Zwagerman*) die het heeft over de ‘aard’ (open of besloten) van de rechtspersoon.

De vraag naar de samenhang tussen belang en actie en die naar de betekenis van opzegging in relatie tot de open norm van artikel 2:8 lid 1 BW (zie de centrale vraag- en doelstelling van dit boek) is primair te plaatsen als een vraag naar verbintenisrechtelijke aspecten, op de beantwoording waarvan de aard van het lidmaatschap (al mede bepaald door uitgangspunten van goederenrecht) vervolgens van invloed kan zijn (zie de vorige alinea).

Gedachte is vervolgens dat als het gaat om open normen en begrippen in een verbintenisrechtelijke context en als het er dus om gaat te bepalen waartoe partijen bij geschillen in besloten verhoudingen gehouden zijn net als bij overeenkomsten (personenvennootschappen zijn zoals bekend overeenkomsten) toepassing van artikel 6:248 lid 1 BW ook in besloten verhoudingen geïncorporeerd in Boek 2 BW-rechtspersonen voor de hand zou kunnen liggen – dat is althans te onderzoeken.

Daardoor zou voor rechtspersonen een met artikel 6:248 lid 1 BW vergelijkbare regel luiden:

‘Een rechtsverhouding van lidmaatschapsrechtelijke aard heeft niet alleen de door partijen uit de wet, statuten en contract voortvloeiende rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de betrekking, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.’

Dit zou betekenen dat bij vragen van uitleg ten aanzien van open normen en begrippen in een rechtspersonenrechtelijke context (dus bij de flex-B.V., ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’ en besloten coöperatie) vóór wordt toegekomen aan beantwoording van de vraag of zorgvuldigheidsplichten (zie boven) zijn geschonden, eerst analyse moet plaats vinden van de *aard van de lidmaatschaps- en ledenverhouding* (hierna gezamenlijk te noemen ‘lidmaatschapsverhouding’ of ‘rechtsverhouding van lidmaatschapsrechtelijke aard’).³⁴²

Dit weer betekent dat bij geschillen in besloten ledenverhoudingen – en dus ook bij een beoordeling of aan de voorwaarden van artikel 2:336 BW is voldaan – eerst onderzoek zou moeten plaatsvinden van de feitelijke en rechtsverhouding tussen de betrokken aandeelhouders/leden onderling, tussen de aandeelhouders/leden en de rechtspersoon c.q. haar individuele bestuurders, en de aandeelhouders/leden en betrokken derden (op de positie van deze ‘derden’ wordt hieronder in hoofdstuk 2 en 3 nog teruggekomen) op de aard van die verhouding zoals die mede bepaald wordt door het persoonsgebonden karakter, de familieverhouding, het coöperatieve karakter, de voorovereenkomst, de overnamesituatie, de (beroeps- of bedrijfsmatige) samenwerking, de moeder/dochterverhouding, etc.

³⁴² Cahen 1965, p. 40.

Wel bestaat hierbij ten minste één belangrijk verschil tussen artikel 6:248 lid 1 BW en deze met artikel 6:248 lid 1 BW vergelijkbare lidmaatschapsrechtelijke regel – de voorafgaande alinea laat dat ook zien. De rechtsverhouding van lidmaatschapsrechtelijke aard is er niet een tussen partijen zoals bij een contract, maar een tussen de rechtspersoon en tenminste één lid, vaker meerdere leden, waarbij die leden op de in paragraaf 1.3 beschreven wijze persoonlijk belang koppelen aan binnen de rechtspersoon uit te oefenen zeggenschap. Het is onder meer dat belang maar ook het belang van de rechtspersoon zelf als ‘resultante factor’ dat dan een rol speelt bij het tweede boven genoemde zorgvuldigheids-criterium.

In de casus van het *Zwagerman*-arrest zou analyse van de lidmaatschapsverhouding tussen het bestuur en de minderheidsaandeelhouders en tussen de aandeelhouders onderling leiden tot de vaststelling dat sprake is van een drievoudige ‘samenloop’: naast een rechtspersonenrechtelijke en vennootschapsrechtelijke is ook sprake van een rechtsverhouding van familierechtelijke aard.

De aard van de lidmaatschapsverhouding wordt hierdoor bepaald door rechtspersonenrecht (de artikelen 2:8 lid 1 BW en 2:9 BW, etc.), B.V.-recht (informatie-³⁴³ en vergaderrechten, tegenstrijdig belang,³⁴⁴ gelijke behandeling,³⁴⁵ etc.) en het bestaan van een familieverhouding (grote mate van betrokkenheid en bijzondere betrokken belangen, informele gang van zaken, bijzondere opvolgingskwesties, zorg-elementen, met name in de relatie man/vrouw,³⁴⁶ bijzonder instrumenteel karakter, lange termijn visie en strategie, typisch besloten verhouding – kortom de kenmerken van een familieonderneming).

De aard van de aldus geanalyseerde lidmaatschapsverhouding is dan richtinggevend bij de interpretatie en uitleg van open normen en begrippen en voor de gehoudenheden die daar voor betrokkenen, de rechtspersoon en de leden, uit voortvloeien.

Deze benadering via primaire analyse van de aard van de rechtsverhouding is belangrijk, omdat zij betekenis heeft voor de samenhang tussen belang en actie bij geschillen in besloten ledenverhoudingen en voor de eerder bedoelde interne samenhang in het ondernemingsrecht. En dus mogelijk ook voor de toepassing van artikel 2:336 BW als het gaat om de vraag welke gedragingen van de aandeelhouder ‘in hoedanigheid van aandeelhouder’ voor toetsing in aanmerking

³⁴³ Voor informatie door aandeelhouder aan bestuurder OK 4 juni 2009, ARO 2009, 85 (*International Kessel*).

³⁴⁴ OK 19 december 2005, ARO 2006, 5 (*Lambers Beheer*).

³⁴⁵ OK 28 maart 2007, ARO 2007, 67 en HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105, concl. A-G Timmerman (*DSM*).

³⁴⁶ OK 7 januari 2005, ARO 2005, 8 (*X Holding*).

komen. En mogelijk dus in een ruimere betekenis dan in de Memorie van Toelichting voorgetaan.

Deze betekenis houdt onder meer in dat de aard van de betrekking ‘van buiten’³⁴⁷ (familie, joint venture, aard van de samenwerking, voorafspraken, overnamesituatie, etc., en dus ook van sommige betrokken derden) en dus de daarbij betrokken belangen niet primair de rechtspersoon ‘binnen’ komen via artikel 2:8 lid 1 BW, maar dat eerst analyse moet plaats vinden op de aard van de lidmaatschapsverhouding als bijzondere rechtsverhouding.

De aard van de lidmaatschapsverhouding bepaalt vervolgens in aanvulling op wet, statuten en contract, de inhoud van de er qua open normen en begrippen uit voortvloeiende gehoudenheden *inclusief* de eisen van redelijkheid en billijkheid of die van de betamelijkheid in het maatschappelijk verkeer als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW.

Analyse van de aard van de lidmaatschapsverhouding zou dan ook eerste stap moeten zijn bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen zowel als bij de vraag of aan de vereisten van artikel 2:336 BW is voldaan.

De overvloedige in de voetnoten geciteerde ARO-jurisprudentie laat zien dat het voorgaande aansluit op de analyses die de Ondernemingskamer steeds verricht³⁴⁸ – N.B. – voor het kunnen uitvoeren van hetgeen aan de Ondernemingskamer wordt gevraagd, namelijk:

³⁴⁷ Raaijmakers 2000, p. 69. OK 8 oktober 1998, JOR 1998, 167, OK 30 november 2000, JOR 2001, 4, nt. Van den Ingh, HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79, nt. Van den Ingh (*Zwagerman/Zwagerman Beheer*), OK 20 mei 1999, JOR 2000, 72, nt. Blanco Fernández (*Cromwilt/Versatel*), OK 8 mei 2002, JOR 2002, 112 (*Broadnet*) en OK 30 december 2008, ARO 2009, 7, JOR 2009, 128 (*Sunenergy*).

³⁴⁸ Vgl. voor de analyse van de rechtsverhouding in geval van ‘impasses’ bijvoorbeeld OK 10 januari 2002, ARO 2002, 8 (*In Venture Capital/Elenses B.V.*), OK 25 april 2002, ARO 2002, 54 (*Kai San Holding*), OK 13 augustus 2002, ARO 2002, 13 (*Scheipar*), OK 29 augustus 2002, ARO 2002, 151 (*Case Packing Sales Europe*), OK 24 oktober 2002, ARO 2002, 172 (*Tjip*), OK 16 december 2002, ARO 2003, 5 (*Advertising Post Holding*), OK 31 december 2002, ARO 2003, 9 (*Kruisheer Elffers B.V.*), HR 6 juni 2003, ARO 2003, 97 (*Scheipar*), OK 6 juni 2003, ARO 2003, 98 (*Mc Veldt Beheer*), OK 20 juni 2003, ARO 2003, 110 (*B&S Heilo Holding*), OK 25 september 2003, ARO 2003, 160 (*Aannemingsmaatschappij Zeelandia Curaçao en Laepersveld*), OK 10 december 2003, ARO 2003, 186 (*ERU Beheer*), OK 20 juli 2005, ARO 2005, 120 (*DWSS*), OK 25 november 2005, ARO 2005, 204 (*Dubbelhuis*), OK 18 januari 2006, ARO 2006, 29 (*Daidalos*), r.o. 3.5, OK 28 december 2005, ARO 2006, 8 (*Noord*), OK 6 januari 2006, ARO 2006, 13 (*Mondoor Beheer*), OK 31 januari 2006, ARO 2006, 41 en ARO 2006, 57 (*Pondac Products*), OK 12 juli 2006, ARO 2006, 131 (*B&M*), OK 26 juli 2006, ARO 2006, 142 (*K&H*), OK 26 juli 2006, ARO 2006, 144 (*Areto*), 10 oktober 2006, ARO 2006, 169 (*Pondac Products*), OK 24 november 2006, ARO 2006, 193 en

- (1) of sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen en bij bevestigende beantwoording – als hoofdregel – het verstrekken van opdracht aan de door de Ondernemingskamer te benoemen onderzoekers;
- (2) eventueel het treffen van onmiddellijke voorzieningen in de zin van artikel 2:349a lid 2 BW;
- (3) het bevestigen van door de onderzoekers geconstateerd wanbeleid en het treffen van voorzieningen in de zin van artikel 2:356 BW.³⁴⁹

Het is om een aantal redenen belangrijk een geschil te beoordelen in het perspectief van de aard van de lidmaatschapsverhouding. Ten eerste omdat het open normen als het ware ‘toebuigt’ naar de concrete omstandigheden van het geval, ten tweede wordt het daardoor mogelijk te nuanceren en scherper aan gevalvergelijking te doen, ten derde creëert die benadering eenheid over de hele linie van het ondernemingsrecht en ten vierde worden de toepasselijke grondnormen ermee duidelijk. Of zoals A-G Bakels het bij het *Viba*-arrest formuleert:³⁵⁰

‘Door die normen (redelijkheid en billijkheid, goede trouw, zorgvuldigheid, elementaire beginselen van behoorlijk ondernemerschap, wanbeleid (toevoegingen P)) te herleiden tot één grondnorm wordt consistentie verkregen en ontstaat samenhang zowel tussen die deelnormen onderling als met de gedragsnormen die overigens in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden.’

HR 12 oktober 2007, ARO 2007, 164 (*Masselink*), OK 18 december 2006, ARO 2007, 2 (*Cartoco*), OK 21 juni 2007, ARO 2007, 101 (*Hadenta*), OK 16 juli 2007, ARO 2007, 122 (*Technoton*), OK 6 december 2007, ARO 2007, 192 (*Traffic IT*), OK 12 februari 2008, ARO 2008, 44 (*Gul en Albers*), OK 10 december 2008, ARO 2009, 1 en OK 12 januari 2010, ARO 2010, 24 en HR 16 april 2010, ARO 2010, 65, concl. A-G Timmerman (*AHAM*), OK 24 april 2009, ARO 2009, 64 (*Allstar*), OK 29 april 2009, ARO 2009, 66 (*Prominent Hoogeveen*), OK 25 augustus 2009, ARO 2009, 129 (*Biotempt*), OK 30 november 2009, ARO 2009, 182 (*Ploeg Beheer*), OK 31 december 2009, ARO 2010, 6 (*Inter Access Groep*). Zie voorts OK 5 juli 2002, ARO 2002, 95 (*Hussen's Beheer*) in zake de vraag of bij enquête voldoende belang bestond.

³⁴⁹ Vgl. voor mooi voorbeeld van combinatie van voorzieningen OK 29 november 2005, ARO 2005, 210 (*Dyna Music*).

³⁵⁰ Concl. A-G Bakels onder 2.7 bij HR 21 februari 2003, ARO 2003, 39 (*Viba*).

Die grondnorm, zo luidt de stelling die hier wordt verdedigd,³⁵¹ is onder verwijzing naar de toelichting bij artikel 6.1.1.2 bij het Ontwerp van Meijers³⁵² de ‘betamelijkheid’ in de zin van binnen de lidmaatschapsrechtelijke verhouding ‘behoorlijk’ of ‘passend’ gedrag.³⁵³ Betamelijkheid in wezen niet anders dan de

³⁵¹ Hetgeen betekent dat hier anders dan Timmerman dus niet artikel 2:8 BW als grondnorm van het rechtspersonenrecht wordt beschouwd, concl. A-G Timmerman bij HR 18 november 2005, ARO 2005, 197, NJ 2006, 173 (*Unilever*), onder 4.15.

³⁵² Ontwerp voor een nieuw BW van E.M. Meijers, Toelichting derde gedeelte (Boek 6), 1961, p. 461 refereert aan ‘sterke’ correctie via de betamelijkheid: ‘*Het ontwerp neemt derhave een tussenstandpunt in, daarbij het criterium gebruikend, waartoe Regering en Tweede Kamer concludeerden bij de behandeling van Vraagpunt 21; ‘De schuldeiser’ – aldus bepaalt lid 2 – ‘kan zijn recht niet uitoefenen, voor zover hij in de gegeven omstandigheden onbetamelijk zou handelendoor de schuldenaar aan diens verplichting te houden.’ Dezelfde gedachte heeft men ook wel weergegeven met de formule dat een schuldeiser zijn recht niet kan uitoefenen voor zover hij daardoor in strijd met de goede trouw zou handelen of voor zover deze rechtsuitoefening misbruik van recht zou opleveren. De eerste formulering – strijd met de goede trouw – is hier niet gekozen, omdat daarmee het ontwerp de bestaande onzekerheid te zeer zou continueren. Immers nog steeds bestaat er veel verschil van mening over de vraag in welke gevallen een schuldeiser zijn recht niet mag uitoefenen ten gevolge van de regel dat overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gelegd. Het ontwerp wenst in deze strijdvraag een tussenstandpunt in te nemen en kon voor de weergave van dat standpunt bezwaarlijk de formule kiezen die het wetboek thans bezigt. Ter overeenstemming met het van Regeeringszijde bij het mondeling overleg omtrent Vraagpunt 21 opgemerkte, wil het ontwerp niet bij elke onredelijke of onbillijke uitoefening van een vorderingsrecht aannemen, dat de schuldenaar het standpunt kan innemen dat de wederpartij hem niet aan zijn verplichting mag houden. De schuldenaar kan dit naar het ontwerp slechts doen in het geval de schuldeiser onbetamelijk zou handelen door de wederpartij aan diens verplichting te houden.’ Zoals bekend is de laatste formule in de uiteindelijke teksten komen te vervallen. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 410 e.v., i.h.b. 413, Snijders 2012, p. 775.*

³⁵³ Fascinerend blijft wat Eggens in zijn voordracht in 1950 over de bronnen van verbintenis op p. 244 betoogde: ‘*En komt men dan – gelijk het behoort – tot de erkenning dat de bepaling van onrecht niet uitsluitend mag geschieden naar hetgeen de wet in hare onderscheiden bepalingen (andere dan 1401) uitdrukkelijk bepaalt, dan betekent dit mede dat de bepaling van recht niet uitsluitend mag geschieden naar hetgeen de wet in haar onderscheiden bepalingen uitdrukkelijk bepaalt. En erkent men dan – gelijk het behoort – dat al die onderscheiden bepalingen eigenlijk uitdrukkingen – nader positiveringen – zijn van den algemenen rechtseis van maatschappelijk behoorlijk gedrag, den rechtseis die al die bepalingen ‘richt’ en doordringt – aanvullend en opheffend nader bepaalt – dan betekent dit dat men, de betekenis van art. 1401 bepalende, mede nader bepaald heeft de betekenis van al die onderscheiden wets-bepalingen, en erkend heeft dat al die bepalingen het menselijk rechtsgedrag in de samenleving slechts betrekkelijk bepalen, nl. slechts in betrekking tot – en nader bepaald door – die in art. 1401 én in de andere wetsbepalingen opgesloten norm: gedraag U maatschappelijk behoorlijk.’ Vgl. Van der Grinten 1949, p. 3, Rijken 1994, p. 4: ‘Zo strijden de redelijkheid en billijkheid en hetgeen volgens het ongeschreven recht betaamt (art 6:162 BW) in de onderhandelingsfase om de hegemonie.’*

vennootschappelijke of maatschappelijke betamelijkheid, maar wel ook in zachtere uitdrukkingenvorm.³⁵⁴ Die betamelijkheid als ‘zachtere’ rechts- of zorgvuldigheidsplicht ligt hier dan ten grondslag aan zowel de redelijkheids- en billijkheidseisen van artikel 2:8 lid 1 BW, als aan de vennootschappelijke zorgvuldigheid zoals onder meer neergelegd in artikel 2:9 BW,³⁵⁵ als aan de eis van goed beleid binnen in het enquêterecht, als aan de toepassing van artikel 2:336 BW, ieder binnen het eigen wettelijke en jurisprudentiële referentiekader – bij artikel 2:336 BW is het alleen van de ontwikkeling van zo’n jurisprudentieel kader amper gekomen.

‘Zachter’ omdat het lidmaatschapsrecht ook ‘zachtere’ verantwoordelijkheden kent die behoorlijk of passend gedrag veronderstellen. ‘Zachter’ omdat artikel 2:9 BW de eis van behoorlijk bestuur stelt, zonder dat ieder handelen in strijd met die eis steeds ook een onrechtmatige daad oplevert. ‘Zachter’ omdat niet ieder handelen in strijd met de betamelijkheid ook gelijk staat aan handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk/vennootschappelijk verkeer betaamt in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW.³⁵⁶ ‘Zachter’ omdat door de doelstellingen van het enquêterecht het verzuim van ‘maar’ zachtere verplichtingen niet in de weg hoeft te staan aan de aanname dat sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen of van wanbeleid.³⁵⁷

Maar niet ‘zachter’ in de zin van betekenisloos. ‘Betamelijkheid’ – passend gedrag – veronderstelt op zichzelf reeds goede trouw en dus ‘actieve reflectie’ op wat passend is in de verhouding tot anderen, waarvan in een besloten lidmaatschapverhouding uit der aard *altijd* sprake zou moeten zijn – hetgeen in hoofdstuk 2, paragraaf 3 en in hoofdstuk 3 verder wordt uitgewerkt.³⁵⁸

Passend gedrag is ook de ondernemer passend gedrag. Passend gedrag is ook de meerderheid passend gedrag. Passend gedrag is in alle richtingen passend gedrag. Pas bij overschrijding van zekere grenzen komt de vraag aan de orde of de mogelijk geschonden norm (redelijkheid en billijkheid binnen het personenvennootschapsrecht, artikel 2:8 lid 1, 2:9, 6:162 BW) strekt tot bescherming van het geschonden belang.

³⁵⁴ Verwezen wordt hier naar hoofdstuk 3, paragraaf 1.5.2 dat ook argumentatie voor deze aanname inhoudt en waar wordt ingegaan op het algemeen verbintenissenrechtelijke uitgangspunt dat het voeren van vermogensrechtelijk beleid voor een ander tot de rechtvaardiging ervan kan verplichten, en paragraaf 2.3.5.

³⁵⁵ Zo schreef Van der Grinten dat de vennootschappelijke zorgvuldigheidsnorm van artikel 2:9 BW (2:7 BW oud) geen andere is dan die van artikel 1401 BW (oud). Van der Grinten 1982, p. 201, Maeijer 1976, p. 98.

³⁵⁶ Hof Arnhem 22 januari 1986, NJ 1988, 476 (*van Drooge q.q./Van Heek*) waarin het hof in r.o. 11 een opsomming geeft van bestuurshandelen dat in casu in strijd wordt geacht met ‘maatschappelijk/vennootschappelijk’ behoren.

³⁵⁷ OK 13 juli 2011, ARO 2011, 116 (*Meepo*).

³⁵⁸ Kritisch Slagter 2012/1 en 2.

Analyse van de aard van de lidmaatschapsverhouding als vooruitlopend op de toets aan de grondnorm van de betamelijkheid wordt belangrijker naarmate personenvennootschaps-, rechtspersonen- en B.V.-recht op het punt van de betrekkingen tussen leden minder regelen, dus minder expliciet zijn, en de beoordelaar meer is aangewezen op analyse van de aard van de lidmaatschapsverhouding en van hetgeen zorgvuldigheidsplicht en verantwoordingsrecht via de betamelijkheidsnorm met zich brengt. Dat geldt ook voor de toepassing van artikel 2:336 BW.

Toegepast op het voorbeeld van de oproepingsbrief kan analyse van de lidmaatschapsverhouding en de daarbinnen gelden betamelijkheidsnormen bijvoorbeeld betekenen dat de oproepende aandeelhouder niet alleen verdaagt om redenen de belangen van zijn mede-aandeelhouder betreffend, maar ook om redenen die te maken hebben met de positie van diens kinderen, wier opvolging door de mede-aandeelhouder in het familiebedrijf al vaker aan de orde werd gesteld.³⁵⁹ Analyse van de aard van de lidmaatschapsverhouding en het aan de hand daarvan – de wijze van besturen en het functioneren van organen als meer bepaald door het bestaan van familiebanden, gedane toezeggingen,³⁶⁰ gewekte verwachtingen, bijzonder betrokken belangen, informele gang van zaken, etc. – bepalen van de inhoud er van (dus wat er uit voortvloeit) kan tot die conclusie aanleiding geven.³⁶¹

Als het de aard van de bijzondere lidmaatschapsverhouding is die – voor zover wet, statuten en contract daartoe ruimte laten – in eerste instantie bepalend is voor de inhoud en dus voor wat daar naar betamelijkheidseisen uit voortvloeit, inclusief de gehoudenheid te handelen naar redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke/vennootschappelijke zorgvuldigheid, dan kan dat ook met zich brengen dat bij uitleg de objectieve redelijkheid- en billijkheidseisen van artikel 6:2 BW³⁶² aan de orde zijn.

³⁵⁹ Uit de overwegingen in OK 27 mei 1999, JOR 1999, 121 (*Gucci*) blijkt dat ook gedragingen van de aandeelhouder die belangrijke zeggenschap *wenst* te verkrijgen relevant zijn als grondslag voor een enquêteonderzoek.

³⁶⁰ OK 21 april 2010, ARO 2010, 66 (*Fashion Holding*).

³⁶¹ OK 3 januari 2006, ARO 2006, 11, HR 15 december 2006, ARO 2007, 1, concl. A-G Timmerman (*Backers en Zoon*), OK 10 januari 2007, ARO 2007, 19 (*Gradus Nikkelen*), OK 21 maart 2007, ARO 2007, 66 (*KD*), OK 10 januari 2008, ARO 2008, 22 (*DRBB*), OK 7 november 2008, ARO 2008, 168 (*BWZ Verhuur*). Zie voor casus waarin beroep op informele gang van zaken juist niet opging OK 20 mei 2010, ARO 2010, 88 (*UPA*).

³⁶² Vgl. r.o. 3.2 bij HR 17 mei 1991, NJ 1991, 645, nt. Maeijer (*Lampe/Tonnema*): 'Zoals uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 2:7 (2:8 huidig) blijkt, is de term *redelijkheid en billijkheid* in dit artikel een weergave van 'de objectieve betekenis die aan goede trouw in art. 1374 lid 3 BW volgens de rechtspraak van de Hoge Raad toekomt' (citaat uit het verslag van een mondeling overleg betreffende art. 2.1.7b gewijzigd ontwerp van Boek 2, *Parlementaire Geschiedenis NBW*, Boek 2, p. 136).'

De eisen van redelijkheid en billijkheid in een rechtspersonenrechtelijke context staan in deze redenering minder geïsoleerd dan ze bij eerste beschouwing lijken:

‘degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.’ (onderstreping P)

De woorden ‘als zodanig’ en ‘jegens elkander’ sluiten analyse van de aard van de rechtsverhouding – mede bepaald door factoren ‘van buiten’ – en de bepaling van de rechtspositie en hetgeen waartoe betrokkenen gehouden zijn aan de hand daarvan niet uit. Is de consatering dat het voorgaande in het ondernemingsrecht geaccepteerd is, dan zou het ook moeten aansluiten op de toepassing van artikel 2:336 BW. *Niet* is daarmee gezegd dat *alle* gedrag van buiten nu ineens relevant is. Het gaat om het vinden van aanknopingspunten voor genuanceerde benadering.

Deze benadering sluit aan op de in paragraaf 1.2 omschreven betekenis van artikel 3:12 BW. Ze laat zien dat artikel 3:12 BW zou kunnen betekenen dat personen ‘van buiten’ die via de artikelen 6:2 lid 1 of 248 lid 1 BW in een rechtsverhouding staan tot een rechtspersoon rekening hebben te houden met de belangen van degenen die ‘binnen’ de rechtspersoon bij zijn organisatie zijn betrokken. En omgekeerd.

Als voorbeeld kan gelden de familierelatie waarbinnen sprake is van meerdere ondernemingen gedreven vanuit verschillende vennootschappen waarbij grote financiële belangen betrokken zijn. Sprake is dan van een bij uitstek besloten verhouding die geregeerd wordt door ‘familierechtelijke’ uitgangspunten met bijzondere eigenaardigheden, zoals onder meer het in die verhoudingen geldende ervaringsfeit dat het mislopen van persoonlijke verhoudingen direct ook weerslag heeft op het zakelijke en omgekeerd.³⁶³ Betrokkenen hebben zich daardoor te laten leiden, hetgeen tot uitdrukking kan komen in het ontwerp van familie-statuten met eigen geschillenregelingen.

Een ander voorbeeld is dat van degene die als aandeelhouder tevens bestuurder in relatie tot de vennootschap heeft gestaan – de band tussen ex-aandeelhouder en de rechtspersoon is dus verbroken waardoor artikel 2:8 lid 1 BW niet meer van toepassing zou zijn³⁶⁴ –, maar die zich naar betamelijkheidsmaatstaven als

³⁶³ OK 7 januari 2005, ARO 2005, 8 (*X Holding*), OK 28 februari 2005, ARO 2005, 34 (*Dodo*), r.o. 2.5., OK 21 juni 2011, ARO 2011, 104 (*Markerink Holding*).

³⁶⁴ Vgl. voor een geval waarin de band nog wel bestond OK 20 juni 2007, ARO 2007, 110 (*CBR*).

ex-aandeelhouder toch van concurrentie heeft te onthouden,³⁶⁵ zoals hij dat ook als bestuurder van de vennootschap heeft te doen.³⁶⁶

De voorbeelden laten zien dat in bepaalde gevallen de feitelijke en rechtsbetrekking van ‘buiten’ betrokken kan worden in wat onder verwijzing naar het *Zwagerman*-arrest geduid kan worden als ‘vennootschappelijke’, ‘rechtspersonenrechtelijke’ of beter ‘lidmaatschapsrechtelijke betamelijkheid’,³⁶⁷ en dan niet alleen een die beperkt is tot degenen die al in relatie tot de rechtspersoon staan, maar ook tot degenen die daarin nog toetreden³⁶⁸ en tot degenen die in die relatie hebben gestaan.³⁶⁹

Die betamelijkheid is dan wel ruimer te interpreteren dan de term ‘rechtspersonenrechtelijk’ op het eerste gezicht doet vermoeden. Dat is niet vreemd, er vanuit gaande dat het fenomeen rechtspersoon primair staat voor het zelfstandig drager zijn van rechten en plichten ex artikel 2:5 BW en het recht – als rechtspersonenrecht – er ‘binnen’ en er ‘buiten’ veel meer omvattend en onlosmakelijk met algemeen vermogensrecht verbonden is en er diffuus in overloopt.

Toegepast op het voorbeeld van de oproepingsbrief in de inleiding, tweede paragraaf zou het voorgaande tweërlei kunnen betekenen. Ten eerste – een tamelijk open deur – dat het gelet op de aard van de lidmaatschapsverhouding, want in versterkte mate gekenmerkt door de gedragseis van goede trouw (*‘uberrimae fidei’*), uitgesloten is dat een aandeelhouder in familie- en andere besloten verhoudingen zich er niet van vergewist of een oproepingsbrief de andere aandeelhouder heeft bereikt als deze niet verschijnt en diens belangen betrokken zijn. En dan niet nagaat wat de reden is voor de afwezigheid en de vergadering niet verdaagt tenzij om dringende redenen. Let wel: dit is geen vrijbrief voor passiviteit van de andere aandeelhouder. Het is met de mogelijkheden van de huidige communicatiemiddelen wel een pleidooi voor het vooral in besloten verhoudingen mogen verwachten van een actievere houding van de oproepende aandeelhouder dan uit de wettekst blijkt.

Ten tweede – en dat is belangrijk in de enorme variëteit aan rechtsverhoudingen in de ca. 800.000 à 900.000 B.V.’s die bij de Kamer van Koophandel als actief bekend staan (waarvan ca. 200.000 als eenheid van bedrijf bij het CBS staan in-

³⁶⁵ Raaijmakers & Van der Sangen 2011. Vgl. Hof Amsterdam 16 maart 1995, JOR 1996, 54, nt. Van den Ingh (*Lensen/Ramp*), OK 29 november 2005, ARO 2005, 210 (*Dyna Music*).

³⁶⁶ OK 6 mei 2008, ARO 2008, 87 (*Van Lent Holding*).

³⁶⁷ Maeijer 1976, p. 98, Van der Grinten 1982, p. 201. Vgl. Hof Arnhem 22 januari 1986, NJ 1988, 476 (*van Drooge q.q./Van Heek*).

³⁶⁸ OK 27 mei 1999, JOR 1999, 121 (*Gucci*).

³⁶⁹ Vgl. Hof Amsterdam 16 maart 1995, JOR 1996, 54, nt. Van den Ingh (*Lensen/Ramp*).

geschreven)³⁷⁰ – dat analyse van de individuele lidmaatschapsverhouding – lidmaatschap is relationeel bepaald – steeds weer opnieuw plaats *moet* vinden, zoals 6:248 lid 1 BW in een contractuele context voorschrijft (*de aard van de betrekking*) voor iedere overeenkomst, en dus ook voor de personenvennootschap, wat de hierboven bedoelde eenheid uitbreidt.

Geen bezwaar bestaat – in aansluiting op de overwegingen van de Hoge Raad in het *Zwagerman*-arrest – om uit de regels van artikel 2:8 lid 1 BW, 6:2 lid 1 BW en 6:248 lid 1 BW zorgvuldigheidsnormen te laten voortvloeien en daarmee eigenlijk de normen van de redelijkheid en billijkheid zorgvuldigheidsnormen te noemen. Dat zijn het ook.

Tegelijk geldt wel – hoofdstuk 2, paragraaf 2.4 en hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.4 komen hierop nog terug – dat het in het systeem belangrijk is de verschillende betamelijkheidsnormen, ook die van artikel 6:162 lid 2 BW – de maatschappelijke of in het verband van de vennootschap: vennootschappelijke betamelijkheid – en daarmee de verschillende verbonden acties op functie en doel in relatie tot het betrokken belang te onderscheiden. Want die kunnen zeer verschillen, zoals de aan het enquêterecht en zijn functie gewijde opmerkingen al laten zien.³⁷¹

Ook belangrijk is de derogerende werking van artikel 2:8 lid 2 BW te onderscheiden van die van de aanvullende werking van lid 1.³⁷² Op die derogerende werking wordt in paragraaf 3.4 hierna nog teruggekomen.

De wet laat ruimte voor de hier beschreven benadering. Sprake is van ‘systeemruimte’ binnen Boek 2 BW, waarvan het bestaan langs tenminste vijf lijnen kan worden betoogd, namelijk:

- (1) aan de hand van het ‘lidmaatschap’ als boven omschreven qua inhoud genuanceerd en veelzijdig – in de wet niet gedefinieerd – fenomeen, toch uiteindelijk maar neerkomend op ‘vorm’, waarvan de inhoud binnen het systeem van Boek 2 BW bepaald wordt door de grondnorm van de betamelijkheid;
- (2) aan de hand van de verwijzing naar artikel 6:248 lid 1 BW waarvan de strekking – mede op basis van de aangehaalde arresten – niet per se aan contractuele relaties voorbehouden kan en moet worden geacht;

³⁷⁰ Vgl. Vermeulen 2011, p. 201.

³⁷¹ HR 8 april 2005, NJ 2006, 443, concl. A-G Timmerman (*Laurus*), Rb. Arnhem 22 juni 2011, JOR 2001, 358, nt. Josephus Jitta (*Houtman q.q./Luik en Clercx*), Rb. Zwolle-Lelystad 27 juni 2012, JOR 2012, 249, nt. Jager (*Meepo Holding/Meefout*).

³⁷² Rijken 1994, p. 14, Eikelboom 2011/2, p. 492-494.

- (3) aan de hand van de uitspraken zoals die inzake *Zwagerman*, *Crom-willd/Versatel*, *Broadnet* en *Gucci* (en vele andere – met name de beschikkingen van de Ondernemingskamer die consequenties verbinden aan belangenvermenging);
- (4) aan de hand van de in paragraaf 1.2 omschreven en hierboven herhaalde betekenis van artikel 3:12 BW; en
- (5) aan de hand van het gegeven dat wettelijk B.V.- en N.V.-recht, alsook coöperatierecht op de keper beschouwd materieel weinig voorstellen als het gaat om de normatieve duiding van hoe aandeelhouders of leden zich in concrete gevallen *jegens elkaar* hebben te gedragen in geschillen al helemaal in impassesituaties, wat onder meer komt door de in de wet voorkomend open normen en begrippen, die enerzijds spankracht verlenen maar anderzijds leiden tot rechtsonzekerheid en tot behoefte aan aanknopingspunten voor uitleg.

Hierdoor bestaat behoefte te kunnen analyseren aan de hand van de aard van de lidmaatschapsverhouding eerder dan aan de ‘omstandigheden van het geval’.³⁷³ Die omstandigheden kunnen altijd nog een rol spelen,³⁷⁴ en doen dat ook, mede afhankelijk van de aard van de lidmaatschapsverhouding en de daarbinnen geldende normen.

In relatie tot de centrale onderzoeksdoelstelling is dan onder andere te beantwoorden de vraag hoe het voorgaande zich verhoudt tot het fenomeen van de opzegging en de daaraan verbonden of te verbinden rechtsgevolgen.

Naar aanleiding bijvoorbeeld van het arrest HR 3 december 1999, NJ 2000, 120, concl. A-G Hartkamp (*Latour/De Bruijn Wijnkopers*) en HR 28 oktober 2011, RvdW 2011, 1311, concl. A-G Rank Berenschot (*gemeente de Ronde Venen/Stedin*), waarin de Hoge Raad overweegt:

‘Indien wet en overeenkomst niet voorzien in een regeling van de opzegging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd, geldt dat deze in beginsel opzegbaar is. De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen in verband met de aard en de inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat (onderstreping P)’.

³⁷³ OK 2 mei 2002, ARO 2002, 80 (*Goglio Luigi Milano S.p.A./Luigi Goglio*) r.o. 3.4.

³⁷⁴ Vgl. HR 15 december 2006, ARO 2007, 1, concl. A-G Timmerman onder 3 e.v. (*Backers en Zoon*), OK 10 januari 2007, ARO 2007, 19 (*Gradus Nikkelen*).

rijst de vraag hoe deze overweging zich verhoudt tot rechtspersonenrecht/lidmaatschapsrecht, waar opzegging, gedwongen uitstoting en uittreding bij personen- en kapitaalvennootschappen wél geregeld zijn, maar – zoals in de inleiding op dit boek gezien – totaal verschillend en bij alle varianten de nodige kanttekeningen te plaatsen zijn.

Ook rijst de vraag hoe opzegging zich verhoudt tot het enquêterecht. In het enquêterecht gaat het om de toetsing van beleid van de rechtspersoon.³⁷⁵ Richtinggevend zijn de limitatief opgesomde voorzieningen van artikel 2:356 BW³⁷⁶ en de doelstellingen van het enquêterecht als geformuleerd in het *Ogem*-arrest:³⁷⁷ sanering en herstel van gezonde verhoudingen, preventieve werking,³⁷⁸ openheid van zaken en vaststellen bij wie de verantwoordelijkheid ligt.

Belang in het enquêterecht is enerzijds subjectief bepaald belang zoals kan worden afgeleid uit formele kwaliteitseisen van artikel 2:346 BW,³⁷⁹ uit de voorzieningen van artikel 2:356 BW (de mogelijkheid van schorsing of ontslag van bestuurders of commissarissen, de vernietiging van besluiten, tijdelijke afwijking van de statuten, etc.) – die uiteraard vanuit de subjectieve invalshoek van verzoeker uitermate te pas kunnen komen – en uit de regeling van artikel 2:349a BW³⁸⁰, waarin lid 2 refereert aan het belang van de rechtspersoon en aan het belang van degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken.

Maar belang in het enquêterecht is vooral een objectief gegeven gelegen in het redresseren van wanbeleid van de rechtspersoon *in het belang van de rechts-*

³⁷⁵ En niet van gedragingen van natuurlijke personen die deel uit maken van organen van de rechtspersoon, OK 5 januari 2004, ARO 2004, 5 (*Polisol*), r.o. 3.4.

³⁷⁶ Vgl. ook concl. A-G Timmerman onder 3.10 en 3.40 bij HR 23 maart 2012, NJ 2012, 393, nt. Van Schilfgaarde (*e-Traction*).

³⁷⁷ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 465/466 (*Ogem*), HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671, nt. Maeijer (*Text Lite*), HR 21 februari 2003, ARO 2003, 39 (*Viba*), OK 30 juni 2004, ARO 2004, 89 (*Decidewise*), HR 18 november 2005, ARO 2005, 197, NJ 2006, 173, conclusie A-G Timmerman (*Unilever*), OK 17 januari 2007, ARO 2007, 21 (*Stork*), OK 20 januari 2009, ARO 2009, 15 (*Barcofra*), HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107, concl. A-G Timmerman (*KPNQwest*), OK 30 mei 2011, ARO 2011, 87 (*Meavita*).

³⁷⁸ Waaroever kritisch Croiset van Uchelen 2010, p. 217 die de parallel trekt met HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (*Van Aalten/VU*), waar voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW aan eisers juist werd ontzegd.

³⁷⁹ Zie voor geval waarin bevoegdheid ontbrak OK 5 november 2009, ARO 2009, 166 en HR 8 april 2011, ARO 2011, 66, concl. A-G Vlas (*TESN*).

³⁸⁰ HR 19 oktober 2001, JOR 2002, 5 (*SkyGate*), OK 12 juni 2002, ARO 2002, 63 (*Inter Xion Holding*), OK 23 juli 2002, ARO 2002, 111 (*IMD*), OK 29 juli 2002, ARO 2002, 123 (*Sport en Racketcentrum Rottemeren*), HR 6 juni 2003, ARO 2003, 97 (*Scheipar*), HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105, concl. A-G Timmerman (*DSM*), OK 6 januari 2005, ARO 2005, 7 (*Ahold*).

*persoon*³⁸¹ (waarbij het dus niet gaat om de vaststelling van de schuldvraag).³⁸² Dat is de functie van de voorzieningen van artikel 2:356 BW en daaraan refereren de doelstellingen van het enquêterecht als geformuleerd in het *Ogem-arrest*.³⁸³ Daaraan refereert ook artikel 2:349a BW waar het gaat om het vereist zijn van een onmiddellijke voorziening in verband met ‘de toestand van de rechtspersoon’.

Scheidingsmelding daartegenover – uiting geven aan de wens tot beëindiging van een relatie – is subjectief bepaald, ofschoon de overwegingen die daartoe aanleiding geven objectief kunnen zijn. Opzegging als rechtshandeling – een op een bepaald rechtsgevolg gericht wil die zich door een verklaring openbaart – is geen actie.

Ook de ‘timing’ is totaal anders: de conclusie wanbeleid door de Ondernemingskamer verbonden aan een bepaald complex van gedragingen staat aan het eind van een traject, de scheidingsmelding mogelijk aan het begin er van. De vraag is dan ook meer òf de scheidingsmelding of opzegging daar ergens staat of kan staan, waar dan precies en met welke rechtsgevolgen.

Wat beantwoording van deze vraag verder bemoeilijkt is dat partijen voor de Ondernemingskamer nogal eens erkennen dat sprake is van een impasse en/of verstoorde verhoudingen.³⁸⁴ Ofschoon dat enkele gegeven volgens de Onderne-

³⁸¹ Daardoor ook heeft intrekking van het verzoek niet zonder meer de beëindiging van de procedure tot gevolg, OK 5 december 2005, ARO 2005, 213 (*Broerse Beleggingen*), OK 7 februari 2005, ARO 2005, 26 (*SCUA Holding*).

³⁸² Concl. A-G Timmerman onder 4.24 e.v. bij HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107 (*KPNQwest*).

³⁸³ Concl. A-G Timmerman bij HR 18 november 2005, ARO 2005, 197, NJ 2006, 173 (*Unilever*) onder 4.10 - 4.17, HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107, concl. A-G Timmerman (*KPNQwest*), OK 30 mei 2011, ARO 2011, 87 (*Meavita*).

³⁸⁴ OK 7 april 2004, ARO 2004, 52 (*Clamor Holding*), OK 1 maart 2005, ARO 2005, 36 (*SKON*), OK 24 maart 2005, ARO 2005, 53 (*CBR*), OK 25 maart 2005, ARO 2005, 59 (*Euroyal*), OK 25 mei 2005, ARO 2005, 83 (*Dyna Music*), OK 25 mei 2005, ARO 2005, 84 (*Florimarx*), OK 24 juni 2005, ARO 2005, 101 en OK 13 juli 2011, ARO 2011, 116 (*Meepo*), OK 20 juli 2005, ARO 2005, 119 (*Broere Holding*), OK 29 juli 2005, ARO 2005, 146 (*Maroeska Metz*), OK 1 augustus 2005, JOR 2005, 266 (*Curamedical Holding c.s.*), OK 7 april 2006, ARO 2006, 72 (*Punching*), OK 26 juli 2006, ARO 2006, 142 (*K&H*), OK 31 oktober 2006, ARO 2006, 172 (*Hartevelt Holding*), OK 24 november 2006, ARO 2006, 192 en OK 6 oktober 2010, ARO 2010, 151 (*De Leeuw*), OK 18 december 2006, ARO 2007, 2 (*Cartoco*), OK 29 december 2006, ARO 2007, 8 (*VVP*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 45 (*Bleijlevens Heerlen*), OK 12 juli 2007, ARO 2007, 119 (*Tulip Beheer*), OK 27 december 2007, ARO 2008, 8 (*Pool Elements Holding*), OK 13 maart 2008, ARO 2008, 58 (*Transportbedrijf De Boer*), OK 17 maart 2008, ARO 2008, 78 (*VHR20*), OK 23 juni 2008, ARO 2008, 111 (*Sampan Trading*), OK 1 juli 2008, ARO 2008, 124 (*Veenman Fresh Concepts*), OK 10 september 2008, ARO 2008, 155 (*Janssen Holding*) (in geval van ruzieplitsing), OK 3 oktober 2008, ARO 2008, 163 (*Autobedrijf Frons en Ter Huurne*), OK 26 januari 2009, ARO 2009, 19 (*Fun Food*),

mingskamer nog niet voldoende is, draagt het in er combinatie met de overige door partijen aangedragen feiten wel aan bij dat het voor de Ondernemingskamer ‘gemakkelijker’ is om te concluderen dat sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen. Bijzonder is dat in de aanloop op de bewuste impasse (patstelling) en/of verstoorde verhoudingen de betekenis van artikel 2:8 lid 1 BW en inhoudgeving ervan van groot belang kunnen zijn en mogelijk ook de scheidingsmelding of opzegging een rol kunnen spelen, maar dat het laatste dus niet (altijd) in de betreffende beschikking van de Ondernemingskamer tot uitdrukking komt.³⁸⁵

Punt is verder dat bij ontbreken van een duidelijk dogmatisch leerstuk over de betekenis en functie van scheidingsmelding en opzegging in besloten verhoudingen verzoekers hun processtukken niet in die sleutel zetten, als dat al mogelijk zou zijn.

Tot slot van deze paragraaf – onder verwijzing naar de eerste alinea van dit hoofdstuk: ten aanzien van de opzet van dit boek geldt hier nog steeds dat de in de praktijk bestaande enorme variëteit aan feitelijke en rechtsverhoudingen die zich in besloten verhoudingen voordoen op een of ander wijze moet worden ‘gevangen’. En staat nog steeds de vraag naar de ‘interne’ samenhang in het ondernemingsrecht, waarnaar het eerste uitgangspunt alvast wel enigszins de weg wijst.

Het noopt tot het verder in kaart brengen van het onderzoeksgebied.

2. Verdere afbakening

2.1 Deelrechtsorde

In het voorgaande is het wettelijke en statutaire kader als achtergrond voor het onderwerp van dit boek behandeld en is ingegaan op het lidmaatschap als koppeling tussen het door het lid ervaren subjectief belang en de door hem in de rechtspersoon via het stemrecht of op andere wijze uit te oefenen zeggenschap.

OK 8 april 2009, ARO 2009, 60 (*Van der Heijde Beheer*), OK 24 april 2009, ARO 2009, 64 (*Allstar*), OK 29 april 2009, ARO 2009, 66 (*Prominent Hoogeveen*), OK 29 april 2009, ARO 2009, 67 (*Diepenbeek Holding*), OK 26 juli 2011, ARO 2011, 125 (*Toeleiding Naar Arbeid*), OK 1 augustus 2011, ARO 2011, 129 (*Tekengilde*), OK 8 december 2011, ARO 2012, 2 (*PHC*), OK 7 februari 2012, ARO 2012, 26 (*Pareto*), OK 21 maart 2012, ARO 2012, 46 (*Chef Martin*), OK 19 april 2012, ARO 2012, 63 (*VOC*), OK 21 mei 2012, ARO 2012, 78 (*Verf- en Behanghal*), OK 31 mei 2012, ARO 2012, 81 (*Interactive Partners*).

³⁸⁵ Zie voor situatie waarin dat wel zo is OK 29 november 2005, ARO 2005, 210 (*Dyna Music*) waarin de OK het heeft over een ‘wenselijk voorkomende aandelenoverdracht.’

De eerste raakvlakken met het fenomeen van de opzegging zijn geschetst, met de kanttekening dat opzegging in dit boek wel een centraal thema is, maar de benadering van de problematiek van geschillen in besloten verhoudingen ruimer. In het navolgende wordt het onderwerp verder ingekaderd en wordt ingegaan op het fenomeen van de duurzame ontwrichting, de verdere rol van open normen en begrippen en van lacunes in het wettelijk systeem ('systeemruimte').

Al wel kan voor de hand liggend worden geconcludeerd dat de toelaatbaarheid van actie en reactie tussen bij de organisatie van de Boek 2 BW-rechtspersoon betrokken personen binnen het kader van en samen met de wet³⁸⁶ wordt bepaald door statuten en/of contract en/of ongeschreven recht. Dat contract kan bestaan in geschreven of ongeschreven vorm, in de vorm van voorafspraken,³⁸⁷ als toetredingsovereenkomst, als aandeelhoudersovereenkomst, joint venture,³⁸⁸ arbeids- of managementovereenkomst, enzovoort. Maar ook besluiten³⁸⁹ en reeksen van besluiten, al dan niet genotuleerd, zijn ordenend en mogelijk ook grondslag voor rechten en verplichtingen.³⁹⁰ Ook – zoals al opgemerkt – de familieachtergrond³⁹¹ of de achtergrond van de joint venture of samenwerking, dan wel de informele gang van zaken,³⁹² waartegen een geschil zich afspeelt, heeft rechte relevante betekenis. De aldus door wet en/of statuten en/of contract en/of besluiten en/of achtergrond bepaalde deelrechtsorde beheerst het bestaan, de vorm en de inhoud van de verbintenissen tussen betrokken 'partijen' en de eventueel daaruit voortvloeiende acties.

Die factoren bepalen met en tegen de feitelijke achtergrond uiteindelijk ook de concrete lidmaatschapsverhouding tussen betrokkenen en de daarbinnen mogelijke acties, waarbij het zelfs zo kan zijn dat de familiebanden dan wel de informele gang van zaken op de wettelijke en statutaire regelingen overwegen.³⁹³

³⁸⁶ Vgl. de artikelen 7A:1655 e.v. en 2:25 BW.

³⁸⁷ HR 29 november 1996, NJ 1997, 345 (*Van Andel/Chipshol Forward*).

³⁸⁸ OK 20 mei 1999, JOR 2000, 72, nt. Blanco Fernández (*Versatel*).

³⁸⁹ Asser-Van der Grinten II (de rechtspersoon), p. 234 en 270.

³⁹⁰ Vgl. artikel 2:8 lid 2 BW dat bepaalt daartegenover dat een krachtens *wet, gewoonte, statuten, reglementen* of *besluit* geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (onderstreping en cursivering P). Maeijer 1984, p. 254.

³⁹¹ Vgl. in een uitkoopzaak ook OK 2 mei 2002, ARO 2002, 80 (*Goglio Luigi Milano S.p.A./Luigi Goglio*) r.o. 3.4., en in enquête OK 3 januari 2006, ARO 2006, 11, HR 15 december 2006, ARO 2007, 1, concl. A-G Timmerman (*Backers en Zoon*).

³⁹² OK 10 januari 2007, ARO 2007, 19 (*Gradus Nikkelen*), OK 7 november 2008, ARO 2008, 168 (*BWZ Verhuur*).

³⁹³ OK 3 januari 2006, ARO 2006, 11, HR 15 december 2006, ARO 2007, 1, concl. A-G Timmerman (*Backers en Zoon*), OK 2 augustus 2006, ARO 2006, 147 (*The Mansion*), OK 10 januari 2007, ARO 2007, 19 (*Gradus Nikkelen*).

Het begrip ‘deelrechtsorde’ als rechtsorde tussen degenen die bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken zijn, is door het voorgaande niet alleen te beschouwen als uitsluitend bepaald door wet en statuten, maar, meer flexibel en daardoor meer passend bij flex-B.V., ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’ en besloten coöperatie, als mede bepaald door contract en/of ongeschreven recht en/of besluiten en/of de bijzondere bedoelingen en verwachtingen van partijen, of deze nu schriftelijk zijn vastgelegd of niet. Hierdoor speelt ook het fenomeen van het door partijen, inclusief de rechtspersoon, gestelde ‘vertrouwen’ een rol. Dit vertrouwen heeft weer betekenis voor de vraag of begrippen in een concrete rechtsverhouding al dan niet ‘open’ kunnen worden geacht.

Door de invoering van de flex-regeling en door uitspraken als die inzake *Zwagerman*, die inzake de toepassing van het *Haviltex*-criterium, en die inzake de ‘dierenartspraktijk’³⁹⁴ (over het uitgangspunt dat een maatschap een consensuele vormvrije overeenkomst is die niet noodzakelijk schriftelijk behoeft te worden aangegaan, en zelfs stilzwijgend op grond van gedragingen van partijen geacht kan worden tot stand te zijn komen, waarop hieronder in hoofdstuk 3, paragraaf 2.2 wordt teruggekomen)³⁹⁵ kan worden geconcludeerd dat de idee van samenwerking in een rechtspersoon qua mogelijke inhoud en verbonden rechtsgevolgen³⁹⁶ ver is opgeschoven naar de personenvennootschap,³⁹⁷ waar uitleg van hetgeen waartoe partijen gehouden zijn aan de hand van de bedoelingen en verwachtingen van partijen, hun bijzondere rechtsverhouding en achtergrond, maar ook aan de hand van de wijze waarop zij zich feitelijk opstellen, en het vertrouwen dat zij daarop mogen baseren, al langer voor de hand ligt.

³⁹⁴ HR 2 september 2011, NJ 2012, 75.

³⁹⁵ HR 24 juni 1932, NJ 1932, p. 1587 (*Letterie/Holzhuizer*), Grapperhaus 2011, p. 40 e.v. Hamers & Van Vliet 2012, p. 33. Wat overigens ook geldt voor de informele vereniging, Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/21.

³⁹⁶ Bijlage I MvT Ontwerp van wet op de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, TK 1969-1970, 10 689. In de toelichting bij de artikelen 23 tot 27 wordt opgemerkt dat de besloten vennootschap met twee of drie aandeelhouders een figuur kan zijn die materieel de vennootschap onder firma of de commanditaire vennootschap dicht nadert.

³⁹⁷ Raaijmakers, 1976, 1977, 1987 en 1991, Ten Berg 2002, p. 161 e.v., HR 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 (*Mante*), Hof Den Haag 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (*Reynders/McKinney*), HR 9 juli 1990, NJ 1991, 51 (*Sluis B.V.*), HR 31 december 1993, NJ 1994, 436 (*Van den Berge/Bootlieden*), HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694 (*Lampe/Videoworks*), HR 29 november 1996, NJ 1997, 345 (*Van Andel/Chipshol Forward*), OK 27 oktober 1994, NJ 1996, 167 (*Muller/Muts*), OK 27 mei 1999, JOR 1999, 121 (*Gucci*), OK 19 oktober 2001, JOR 2002, 5 (*SkyGate*), OK 15 november 2001, JOR 2002, 6 (*Decidewise*), OK 29 november 2002, JOR 2003, 8 (*Alcas*), HR 21 januari 2005, NJ 2005, 126 (*Hoffman*) waarover Van der Sangen 2008, p. 4/5, OK 11 april 2007, ARO 2007, 70, JOR 2007, 180 (*Prins Holding*), v.zr. Rb. Arnhem 10 juli 2009, JOR 2009, 313 (*Delta/Essent*), HR 25 februari 2011, NJ 2011, 335, concl. A-G Timmerman, nt. Van Schilfgaarde (*Inter Access Groep*) en HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, nt. Van Schilfgaarde (*dierenartspraktijk*).

Sterker: sprake is van overlap, en wel zodanig – zoals in het vervolg van dit boek nog zal blijken – dat het maar de vraag is of het gescheiden houden van personenvennootschapsrecht en Boek 2 BW-rechtspersonenrecht in verschillende wetboeken nog langer gerechtvaardigd is.³⁹⁸ Dat is niet alleen een kwestie van vorm – contract of niet – maar ook een kwestie van inhoud, van rechtseenheid en van het niet gerechtvaardigd zijn dat conflicten in besloten ledenverhoudingen verschillend en via andere rechters benaderd en beoordeeld worden.

Dat sprake is van overlap wordt geconstateerd los van de vraag welke rechtsgevolgen daaraan in het systeem van het ondernemingsrecht precies verbonden zijn, zoals welke acties kunnen worden ingesteld, en hoe die acties gerelateerd zijn aan de betrokken belangen, wat het centrale thema is van dit boek.³⁹⁹

2.2 *Onrechtmatige daad en wanprestatie; grenzen*

Indien onder actie of rechtsvordering wordt verstaan de door de wet gelegitiemeerde bevoegdheid van een voldoende belanghebbende om door inschakeling van een rechter of arbiter bij schending van een uit wet, statuten of contract voortvloeiende norm de handhaving, sanctionering of een andere maatregel naar aanleiding van de schending er van af te dwingen, dan impliceert het gebruik van de woorden ‘handhaven’ en ‘afdwingen’ de overschrijding van bepaalde grenzen. Anders kan of mag handhaving ook niet worden afgedwongen. Dat geldt ook binnen het systeem van het ondernemingsrecht.

Binnen het systeem van het vermogensrecht in het algemeen zijn wanprestatie en onrechtmatige daad de meest voor de hand liggende voorbeelden van feitelijk handelen of nalaten dat door het recht gestelde grenzen overschrijdt, op verschillende grondslag en met verschillende rechtsgevolgen. Dat geldt ook in de bredere ondernemingsrechtelijke context van personenvennootschap en Boek 2 BW-rechtspersoon, waarbij het gaat om grenzen die het verbintenissen-, vennootschaps- en rechtspersonenrecht stellen aan het functioneren van betrokkenen binnen de deelrechtsorde.

Met deze formulering moet evenwel worden opgepast omdat niet ieder handelen of nalaten in strijd met de ‘ondernemingsrechtelijke grenzen’ direct – en dat

³⁹⁸ Winter 2011, p. 488. Duidelijk anders Slagter 2009, p. 95 die schrijft: ‘*Wij hebben inmiddels aanvaard dat de NV en de BV niet langer een contractuele basis hebben maar dat van de institutionele opvatting moet worden uitgegaan. Toen zulks, mede onder invloed van Van der Grinten, geschiedde, werd zulks, voor zover men ooit van vooruitgang in de rechtswetenschap kan spreken, als een vooruitgang beschouwd. Dit brengt mede dat een terugval naar de contractuele opvatting, waarvan Raaijmakers voor het eerst blijk heeft gegeven in zijn inaugurele rede te Tilburg, moet worden beschouwd als een achteruitgang van de rechtswetenschap.*’

³⁹⁹ Zoals bijvoorbeeld de vraag of een besluit in strijd met die orde steeds nietig is.

geldt ook voor handelen in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid – ook wanprestatie of een onrechtmatige daad oplevert.⁴⁰⁰ De uitwerking kan, zoals al gezien, ook een andere zijn. Er zijn dus meerdere typen consequenties verbonden.

Een voorbeeld hiervan is de overschrijding van het statutaire doel door een bestuurder.⁴⁰¹ Artikel 2:7 BW geeft aan de rechtspersoon de mogelijkheid om zich onder de daar genoemde voorwaarden door een beroep in rechte op de vernietigbaarheid van de rechtshandeling, de actie, aan de rechtsgevolgen ervan te onttrekken. Die actie komt alleen aan de rechtspersoon toe. Dit is een rechtspersonenrechtelijke regeling die ook voorstelbaar is bij personenvennootschappen. Of de bestuurder intern of extern, bijvoorbeeld door de toepasselijkheid van artikel 2:9 of artikel 3:70 BW dat bepaalt:

‘Hij die als gevolmachtigde handelt, staat jegens de wederpartij in voor het bestaan en de omvang van de volmacht, tenzij de wederpartij weet of behoort te begrijpen dat een toereikende volmacht ontbreekt of de gevolmachtigde de inhoud van de volmacht volledig aan de wederpartij heeft medegedeeld.’

daarnaast ook schadeplichtig is, zal naar algemene aansprakelijkheidsmaatstaven, maar wel in aanmerking genomen de bijzondere context van het rechtspersonenrecht en de criteria van de artikelen 2:7 en 9 BW en van artikel 3:70 BW moeten worden vastgesteld.⁴⁰² Mogelijk ook wanpresteert de bestuurder.

Hierdoor geldt dat als de deelrechtsorde niet uitsluitend wordt bepaald door wet en statuten, maar ook door contract en/of ongeschreven recht en/of besluiten en/of de bijzondere bedoelingen en verwachtingen van partijen, of deze nu schriftelijk zijn vastgelegd of niet, er dus sprake kan zijn van zekere overlap op al deze gebieden. Hierdoor weer kan sprake zijn van bijzondere rechtsverhoudingen waarin het verzuim van daarin voorkomende verplichtingen de ene keer als wanprestatie en de andere keer als onrechtmatige daad moet worden gekwalificeerd.

Maar ook kan sprake zijn van samenloop, bijvoorbeeld in de zin dat sprake kan zijn van handelen of nalaten van een bestuurder dat kwalificeert als een schending van de norm van artikel 2:9 BW, maar ook als wanprestatie in het kader van de met hem gesloten arbeidsovereenkomst, als die er is. Ook kunnen heel eigen typisch rechtspersonenrechtelijke consequenties verbonden zijn.

⁴⁰⁰ HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/BPF*) en HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen Beheer*).

⁴⁰¹ Van der Grinten 1957, p. 40.

⁴⁰² HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/BPF*) en HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen Beheer*).

Analyse van de aard en inhoud van de concrete lidmaatschapsverhouding is dus uitermate belangrijk – dat bleek al uit paragraaf 1.5 en het daarin geformuleerde eerste uitgangspunt voor de verdere uitwerking van de centrale vraagstelling. Het bleek ook uit het voorbeeld van de oproepingsbrief. Die analyse kan onder meer gevolgen hebben voor de aan te leggen aansprakelijkheidsmaatstaven. En ook voor de grondslag van de verantwoordelijkheid en de aansprakelijkheid. En voor toepassing van het enquêterecht of de wettelijke geschillenregeling.

Het verzuim zich te vergewissen of de oproepingsbrief de andere aandeelhouder heeft bereikt zal niet steeds kwalificeren als een onrechtmatige daad. De ene ‘ge- of misbruik’ situatie is de andere niet. De directeur die zekerheid stelt ten laste van de vennootschap ten behoeve van verbonden groepsvennootschappen voor schulden van die vennootschappen aan derden zonder daarbij de mogelijkheid van tegenstrijdig belang en de desbetreffende regelingen in acht te nemen en daarmee het statutaire doel overschrijdt, staat in een andere positie dan de directeur die vergelijkbare transacties pleegt ten behoeve van niet-groepsmaatschappijen of van vennootschappen buiten de groep waarvan hij zelf directeur/enig aandeelhouder is.⁴⁰³

De ernst van de verwijtbaarheid wordt mede bepaald door de concrete omstandigheden van het geval – i.c. het al dan niet binnen groepsverband opereren – waaronder de aard en inhoud van de rechts- of liever: lidmaatschapsverhouding. Die analyse en opvolgende weging kunnen het verschil maken tussen verwijtbaarheid en ernstige verwijtbaarheid, al dan niet⁴⁰⁴ noodzakelijk voor de vaststelling van persoonlijke aansprakelijkheid.

Dat analyse van de aard en inhoud van de concrete lidmaatschapsverhouding uitermate belangrijk is betekent ook dat algemene steeds geldende regels moeilijk te geven zijn. Dat zou ook wel eens kunnen gelden voor de betekenis van opzegging binnen besloten verhoudingen. Het kan ook wijzen op een voortdurend aangewezen moeten blijven op het gebruik van open normen. Het heeft ook alles te maken met het behoud van spankracht. Het dwingt zowel in concrete gevallen als ten behoeve van algemene beschouwingen over het onderwerp van

⁴⁰³ OK 26 mei 1983, NJ 1984, 481 (*Linders Beheer*), HR 22 maart 1996, JOR 1996, 45 (*Mediasafe I*), HR 11 september 1998, NJ 1999, 191 (*Rabobank/Minderhoud q.q.*), HR 11 september 1999, JOR 1998, 146 (*Mediasafe II*), HR 2 mei 2002, JOR 2002, 111 (*Jorral*), Vزر. Rb. 's-Gravenhage 21 maart 2005, JOR 2005, 139 (*Audilux/Sjarbani*), HR 9 juli 2004, JOR 2004, 266, NJ 2004, 519 (*Duplicado*), Hof Arnhem 11 oktober 2005, JOR 2005, 294 (*Bruil-Kombex*).

⁴⁰⁴ Timmerman, 2011, p. 259, HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*), HR 23 november 2012, LJN BX5881, RvdW 2012, 1473, concl. A-G Timmerman (*Cos-ta Blanca*).

dit boek tot gevalvergelijking,⁴⁰⁵ waarop hierna in deze inleiding nog wordt teruggekomen en die in het vervolg van dit boek ook nog wordt uitgevoerd.

Het betekent ook dat in het navolgende mogelijk eerder sprake is van het aanwijzen van ruimte voor opzegging, en het duiden van verantwoordelijk- en gehoudenheden er om heen, dan dat exacte en onwrikbare altijd geldende criteria voor opzegging kunnen worden gegeven.

Gelet op het gecompliceerde karakter en de samenloop van dit soort rechtsverhoudingen ligt het ook minder voor de hand vast te houden aan de indeling in contracten en rechtspersonen. De geconstateerde overlap is groot en het zou wel eens zo kunnen zijn dat niet de vorm en daarmee de grondslag, maar de aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding tussen partijen in besloten verhoudingen doorslaggevend is. Des te belangrijk op zoek te gaan naar de criteria en lijnen die die doorslag geven.

Analyse aan de hand van gevalvergelijking is overigens in de rechtspraak en literatuur niet ongebruikelijk. Er bestaat vanuit de praktijk ook grote behoefte aan. Die analyse *moet* ook plaats vinden vanwege het reeds gememoreerde gebruik van open normen en begrippen door de wetgever. Degenen die die analyse (moeten) uitvoeren zijn ook heel wel in staat om contractuele en niet contractuele aspecten binnen één systeem van huidige personenvennootschappen en huidige Boek 2 BW-rechtspersonen te onderscheiden.

2.3 *Duurzame ontwrichting bij B.V. – uitstoting*

Een ander voorbeeld, waarmee het terrein van de duurzame ontwrichting van vennootschappelijke samenwerking wordt betreden, van de overschrijding van grenzen die de wet, als mede bepalende de deelrechtsorde, stelt aan ‘zorgvuldig’ functioneren van betrokkenen doet zich volgens artikel 2:336 lid 1 BW voor als een aandeelhouder het belang van de vennootschap zodanig schaadt dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld.⁴⁰⁶

Het schaden van het belang van de vennootschap⁴⁰⁷ – N.B.: de eis van onrechtmatigheid jegens de vennootschap of jegens de aandeelhouder die de actie instelt wordt hierbij door de wet, noch door de rechter⁴⁰⁸ expliciet gesteld – is dan

⁴⁰⁵ De vergelijkingsmethode, Wiarda 1999, p. 107. Drilsma 1975, p. 70 e.v., Maeijer 2000/1, p. 381.

⁴⁰⁶ Voor een uitvoerige toelichting op de aard en achtergrond van de wettelijke geschillenregeling wordt verwezen naar Bulten 2011/1.

⁴⁰⁷ Vgl. Bulten 2011/1, p. 65-68, 2011/2 p. 12 e.v.

⁴⁰⁸ HR 8 december 1993, NJ 1994, 273, nt. Maeijer (*Johannes en Arjan van den Berg/Arie van den Berg*).

handelen of nalaten van de ‘schadende’ aandeelhouder dat zodanig redelijkheidsgrenzen overschrijdt, dat de andere aandeelhouder(s) daaraan volgens deze uitstotingsregeling een overnamerecht jegens de schadende aandeelhouder ontleent. De actie is gericht op gedwongen overdracht door de schadende aandeelhouder van de door hem in de vennootschap gehouden aandelen aan de aandeelhouder(s) die de actie instelt (of instellen).

Dat de eis van onrechtmatigheid jegens de vennootschap of jegens de eisende aandeelhouder niet expliciet wordt gesteld, is relevant. Het betekent enerzijds dat het complex van gedragingen dat aanleiding geeft tot de uitstotingsactie daarnaast voor het geheel of een deel daarvan ook jegens de vennootschap of jegens de aandeelhouder(s) onrechtmatig kan zijn.⁴⁰⁹ Het betekent anderzijds dat er een categorie van gedragingen kan zijn die op zich niet onrechtmatig is, maar wel tot het succesvol instellen van de actie tot gedwongen uitstoting kan leiden. De termen ‘schaden van het belang van de vennootschap’ kunnen ook betekenen dat dezelfde gedragingen een gegronde reden kunnen vormen om aan een juist beleid te twijfelen, hetgeen kan leiden tot toepassing van het enquêterecht.

Er staat: ‘in redelijkheid niet kan worden geduld.’ Niet: ‘naar redelijkheid en billijkheid niet kan worden geduld’, of ‘naar de maatstaven van artikel 2:8 BW niet kan worden geduld.’ Het verder in de woorden: ‘in redelijkheid niet kan worden geduld’ voorkomende ‘kan’ duidt op een objectieve toets. Er staat niet ‘behoeft’. Dat zou meer hebben aangesloten op artikel 2:8 lid 1 BW. Dat de toets objectief is sluit aan op de woorden ‘het belang van de vennootschap zodanig schaden dat’. Dat gedwongen uitstoting aan de orde is moet volgens de bewoordingen van de wettekst eigenlijk buiten kijf staan.⁴¹⁰ Het betekent ook dat niet iedere misstap van een aandeelhouder tot zijn uitstoting leidt.⁴¹¹

De uitstotingsactie kan worden beschouwd als een bijzondere geformaliseerde en gekwalificeerde vorm van opzegging. De term opzegging heeft hiermee een, in de inleiding, paragraaf 2 al gesignaleerde, ‘eerste’ dubbele betekenis die met het gebruik van de term uitstoting wordt vermeden: bij de uitstoting gaat het om opzegging ‘aan’ en niet ‘door’ de mede-aandeelhouder, i.e. de uittreding.

De keuze voor de overigens in de wet niet gebruikte term ‘uitstoting’ komt mede voort uit het in opzet juist niet contractuele karakter van de aandeelhoudersrelatie tot de vennootschap c.q. de mede-aandeelhouder en heeft te maken met het ‘houderschap’ van de aandelen, met het in opzet – de B.V. werd gemodelleerd naar het voorbeeld van de N.V. – juist niet persoonsgebonden karakter daarvan. Met de bedoelde eigendomsoverdracht van de aandelen wordt ook de zeggen-

⁴⁰⁹ Bulten 2011/1, p. 328 e.v., 2011/2 p. 21 e.v.

⁴¹⁰ Ook Rb. Den Haag 23 mei 2012, JOR 2012, 246, nt. Bulten (*Emba*).

⁴¹¹ Bulten 2011/1, p. 58 e.v., 2011/2, p. 6.

schap van het lid, de aandeelhouder, beëindigd. Tegelijk geldt dat het niet terecht zou zijn de term ‘uitstoting’ om deze reden aan de B.V. voor te behouden. Er is omwille van de gecompliceerde contractuele, goederenrechtelijke en overige consequenties (zie de inleiding, paragraaf 2, verder hoofdstuk 2, paragraaf 3 en hoofdstuk 3 hierna) geen enkele reden om bij opzegging in een personenvennootschap niet van ‘uitstoting’ te spreken.⁴¹²

Voor de juridische leek in de praktijk – vaak is de aandeelhouder, ook in besloten verhoudingen een leek – zijn de bestaande strenge voorwaarden voor gedwongen uitstoting van de mede-aandeelhouder lastig te begrijpen, niet alleen vanwege het juridische jargon en de gecompliceerde juridische achtergrond, maar ook omdat hij problemen vaak al lang ziet aankomen en bij tanend vertrouwen in de samenwerking met de wettelijke uitstotingsregeling weinig kan. Ook als hij tot betaling van een reële prijs bereid en in staat is. Maar ook voor de jurist is de problematiek lastig. Daar zijn tenminste drie hoofdredenen voor.

Ten eerste legt de rechter bij vorderingen tot uitstoting conform de regeling van 2:336 lid 1 BW, en ook de kort geding rechter bij vorderingen ex artikel 2:8 lid 1 BW naar analogie – dus ten aanzien van de vraag of het belang van de vennootschap zodanig wordt geschaad dat het voortduren van aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld – conform de bewoordingen van de wettelijke regeling een zware toets aan.⁴¹³ Standaard wordt door rechters in kort geding aansluiting gezocht bij de wettelijke geschillenregeling en de parlementaire geschiedenis van die regeling⁴¹⁴ en wordt zoiets overwogen als dat uitstoting een verstrekkende maatregel is die alleen in *bijzondere omstandigheden* gerechtvaardigd is, bijvoorbeeld wanneer door de (min of meer voortdurende) gedragingen van een aandeelhouder in zijn hoedanigheid van aandeelhouder⁴¹⁵ het functioneren en het voortbestaan van de vennootschap in gevaar worden gebracht, de werkgelegenheid van werknemers dreigt weg te vallen of een impasse moet worden doorbroken.

De bijzondere eisen gaan overigens ook weer niet zover dat voor uitstoting sprake moet zijn van een gevaar voor ondergang van de onderneming en dat de

⁴¹² Vgl. Bulten 2011/1, p. 83 die daar aangeeft dat de regeling van artikel 820 lid 1 Ow 7.13 BW lijkt op uitstoting of uittreding.

⁴¹³ Janssen 2004, p. 201 e.v. Nt. Bulten bij Hof Den Haag 31 januari 2006, JOR 2006, 175 (*Konsensus*), Rb Arnhem 19 september 2007, JOR 2007, 266 (*Sabelspoort Holding en Hermes Beheer/Laudij Beheer*) en vzr. Rechtbank Breda 23 november 2001, KG ZA 11-558 (*Baremans/Muijs*), Hof 's-Hertogenbosch 18 juli 2002, JOR 2002, 202 (*Zon Holding/Peter Hendriks Grubbenvorst*).

⁴¹⁴ TK, 1984-1985, 18 905, nrs. 1-3, p. 17.

⁴¹⁵ Bulten 2011/1, p. 61 e.v.

uit te stoten aandeelhouder niets doet en alles nalaat om de onderneming te gronde te richten.⁴¹⁶

De aandeelhouder kan daardoor via de vordering tot uitstoting niet eerder van zijn 50% medeaandeelhouder af dan voordat aan deze criteria is voldaan. Hoezeer ook van toepassing op de B.V. en op met de B.V. vergelijkbare verhoudingen (zie artikel 2:335 lid 2 BW), de idee van ‘uitstoting’ is een op de institutionele verhoudingen en daarin besloten liggende ‘eigendomsverhouding ten opzichte van het aandeel’ georiënteerde regeling in overeenstemming met de aard van het lidmaatschap en minder op persoonsgebonden samenwerking waarin het meer zou gaan om de houding van de aandeelhouder. De regeling heeft een bij die benadering passende restrictieve toepassing.⁴¹⁷

Ten tweede komt daar de bijzondere problematiek van vorderingen tot uitstoting in kort geding bij, door Bulten helder beschreven in haar noot bij het arrest van het Hof Den Haag inzake *Konsensus*⁴¹⁸ en in haar proefschrift,⁴¹⁹ waarnaar hier wordt verwezen. Problematisch is – kortgezegd – dat het karakter van de vordering tot gedwongen uitstoting en het door de wet voorgeschreven deskundigenbericht zich in de geldende opvattingen moeilijk verdragen met het bijzondere karakter van het kort geding en de daarin te treffen voorlopige voorzieningen – als maatregelen van orde.

Ten derde geldt dat zolang aan genoemde criteria niet is voldaan, bij gebreke van duidelijke wettelijke gedragsvoorschriften in de relatie tussen aandeelhouders onderling dient te worden teruggevallen op de lichtere, maar open redelijkheid- en billijkheidseisen van artikel 2:8 lid 1 BW, die dus bij uitstotingsvorderingen amper soelaas bieden. Met artikel 2:8 lid 1 BW moet dus gedrag en correctie op een ander vlak dan bedoelde uitstoting worden afgedwongen. Ook voor succesvol beroep op artikel 2:8 lid 1 BW moet echter sprake zijn van tenminste aannemelijk te maken voldoende (dreigende) schending van belang dat artikel 2:8 lid 1 BW beoogt te beschermen. Dat bepaalt de wet in artikel 2:15 lid 3 sub a BW uitdrukkelijk door de eis van een ‘redelijk belang’ als het gaat om de ver-

⁴¹⁶ Bulten 2011/1, p. 61. Concl. A-G Timmerman onder 4.11 bij HR 13 januari 2012, ARO 2012, 19 (*B.E.K. Holding/De B. Holding en Klarenbeer Beheer*). Zie ook OK 30 maart 2010, JOR 2010, 221, nt. Bulten (*B.E.K. Holding/De B. Holding en Klarenbeer Beheer*).

⁴¹⁷ Bulten 2011/1, p. 37 e.v. waar zij ingaat op het vermeende onteigeningskarakter.

⁴¹⁸ Nt. Bulten bij Hof Den Haag 31 januari 2006, JOR 2006, 175 (*Konsensus*).

⁴¹⁹ Bulten 2011/1, p. 336 e.v. die daar onder verwijzing naar literatuur bespreekt: Pres. Rb. Breda 13 maart 1998, JOR 1998, 61 nt. Groffen en Hof Den Bosch 14 januari 1999, NJ 1999, 743 (*Wighers/De Jong*), Hof Den Bosch 18 juli 2002, JOR 2002, 202 (*Zon Holding/Peter Hendriks Grubbenvorst*), Hof Amsterdam 11 maart 2004, JOR 2004, 190, nt. Bulten (*Pitlo/Booij*), Hof Den Haag 31 januari 2006, JOR 2006, 175 (*Konsensus*), Vzt. Rb. Arnhem 19 september 2007, JOR 2007, 266 (*Sabelspoort Holding en Hermes Beheer/Laudij Beheer*), Vzt. Rb. Breda 12 augustus 2009, JOR 2009, 281 (*Pilot Design*).

nietiging van een besluit wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 lid 1 BW wordt geëist.⁴²⁰

Het enkele komen te ontbreken van vertrouwen in de mede-aandeelhouder is voor succesvolle uitstoting of andere vorm van beëindiging van de onderlinge relatie naar de huidige stand dus niet (voldoende) juridisch relevant: zij levert op zichzelf (nog) onvoldoende belang op, nog daargelaten dat er ook overigens geen wettelijk grondslag voor bestaat.⁴²¹ Toch heeft vertrouwen ook in een B.V.-context wel degelijk juridisch relevante en belangrijke betekenis al dan niet onder verwijzing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.⁴²² ‘Mogen’ vertrouwen (gerechtvaardigd vertrouwen) kan tot voldoende belang aanleiding geven.⁴²³

De aandeelhouder die problemen heeft met het functioneren van een mede-aandeelhouder of bestuurder en geen vertrouwen meer heeft zal dat met het beroep op artikel 2:8 lid 1 BW moeten onderbouwen – overigens terecht. Hij zal bijvoorbeeld onder andere: zaken bespreekbaar moeten maken,⁴²⁴ met argumenten moeten komen, vergaderingen bijeen moeten roepen en daarin onderwerpen moeten agenderen,⁴²⁵ zijn belangen en/of bezwaren bekend moeten maken,⁴²⁶ hij

⁴²⁰ Klein Wassink 2012, p. 70 e.v.

⁴²¹ OK 27 september 2005, ARO 2005, 182 (*Versatel*) r.o. 3.17, Rb. Zwolle-Lelystad 16 mei 2012, ARO 2012, 103 (*VDB Almere Beheer/Van den Broek Beheer*).

⁴²² Timmerman 2011, p. 257 e.v., OK 18 augustus 2004, AO 2004, 106 (*CNA*), OK 1 februari 2007, ARO 2007, 33 (*GreenSwan*), OK 12 februari 2007, ARO 2007, 35 (*Versatel*).

⁴²³ OK 18 augustus 2004, AO 2004, 106 (*CNA*), OK 1 februari 2007, ARO 2007, 33 (*GreenSwan*).

⁴²⁴ Vgl. OK 22 februari 2002, ARO 2002, 34 (*RNA*), r.o. 3.7 - 3.9, OK 21 december 2005, ARO 2005, 6 (*EVC International*).

⁴²⁵ OK 27 september 2005, ARO 2005, 182 (*Versatel*) r.o. 3.8 en 3.22, OK 19 december 2005, ARO 2006, 5 (*Lambers Beheer*), OK 3 mei 2006, ARO 2006, 97 (*Bonne Route Holding*), OK 23 juli 2007, ARO 2007, 131 (*Duizend Bergen Vastgoed*), OK 13 september 2007, ARO 2007, 153 (*AMS-International*), OK 27 november 2007, ARO 2007, 190 (*B&A Holding*), OK 27 december 2007, ARO 2008, 7 (*Flexchemie*), OK 30 januari 2008, ARO 2008, 37 (*Vendenco*), r.o. 3.2, OK 31 juli 2008, ARO 2008, 132 (*Welsi Holding*).

⁴²⁶ OK 14 februari 2005, ARO 2005, 31 (*BSM*), r.o. 3.2 - 3.4, OK 18 januari 2006, ARO 2006, 35 (*Laurus*), concl. A-G Timmerman onder 3.3 - 3.9 bij HR 1 september 2006, ARO 2006, 160 (*Emba*). Datzelfde geldt overigens ook als een aandeelhouder bezwaar heeft tegen het functioneren van een OK-bestuurder, OK 21 juni 2007, ARO 2007, 99 (*Pondac Products*), OK 7 januari 2008, ARO 2008, 18 (*Delascos Holding*), OK 7 november 2008, ARO 2008, 168 (*BWZ Verhuur*), OK 26 januari 2009, ARO 2009, 20 (*Dutch Infra Tech*), OK 16 februari 2009, ARO 2009, 43 (*Hycult*), OK 17 februari 2009, ARO 2009, 44 (*Lycos*), OK 14 januari 2010, ARO 2010, 21 (*De Boer Flevoland*), OK 21 januari 2010, ARO 2010, 31 (*RSB Advocaten*), OK 8 juli 2010, ARO 2010, 110 (*Patchmanager*), OK 16 augustus 2010, ARO 2010, 127 (*Lelykopters Beheer*), OK 14 oktober 2011, ARO 2011, 157 (*Fuse*).

zal – als die er is – de raad van commissarissen kunnen⁴²⁷ en mogelijk ook moeten benaderen (die adequaat zal dienen op te treden),⁴²⁸ hij zal het bestuur moeten benaderen dat eveneens adequaat zal hebben te reageren,⁴²⁹ etc., kortom: hij zal dossier moeten opbouwen.

Dat gedaan te hebben en daar geen adequate reactie op te krijgen is juridisch relevant. Of zoals de Ondernemingskamer in de beschikking inzake *Inter Access Groep* overweegt:⁴³⁰

‘In het algemeen zal in een constellatie en in een situatie als de onderhavige van partijen geleverd kunnen worden dat zij redelijk overleg voeren om tot een oplossing te komen waardoor alle betrokken belangen zo veel mo-

⁴²⁷ OK 3 mei 2006, ARO 2006, 97 (*Bonne Route Holding*).

⁴²⁸ OK 1 augustus 2003, ARO 2003, 131 en OK 18 oktober 2004, ARO 2004, 130 (*NIBO*), OK 16 oktober 2003, ARO 2003, 169 (*Laurus*), OK 28 december 2006, ARO 2007, 7 (*KPNQwest*), r.o. 3.41 e.v., OK 7 mei 2008, ARO 2008, 89 (*Vialle*), OK 5 augustus 2009, ARO 2009, 127 en HR 9 juli 2010, NJ 2010, 544, concl. A-G Timmerman (*ASMI*), r.o. 4.5.1 en 4.5.2: ‘4.5.1 De RvC is belast met het toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en staat het bestuur met raad en daad terzijde (art. 2:140 lid 2 BW). Deze wettelijke taakopdracht brengt niet mee dat de RvC de verplichting heeft een bemiddelende rol te vervullen bij conflicten tussen bestuur en aandeelhouders. De RvC is dienaangaande aan de aandeelhouders ook geen verantwoording verschuldigd. Best Practice bepaling III.1.6(f) Code Tabaksblad 2008 die inhoudt dat het toezicht van de RvC op het bestuur onder meer de verhouding tussen bestuur en aandeelhouders omvat, en de uit art. 2:8 lid 1 BW voortvloeiende, door de vennootschap met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders te betrachten zorgvuldigheid, geven geen aanleiding tot een ander oordeel. 4.5.2. De RvC kan door de aandeelhouders wel worden benaderd met verzoeken om bemiddeling of anderszins en zal dan adequaat vanuit zijn eigen taakopdracht moeten handelen. Een verplichting tot actieve bemiddeling door de RvC zou, ook in een geval als het onderhavige, daarentegen op gespannen voet komen te staan met de beleidsvrijheid van de RvC bij de uitoefening van die taak. De RvC moet immers, gelet op zijn verantwoordelijkheid jegens de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, de vrijheid hebben om van geval tot geval een afweging te maken of rechtstreeks contact met de aandeelhouders en/of bemiddeling tussen aandeelhouders en bestuur wenselijk is in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Klacht III van de Stichting Continuïteit en onderdeel 6C van Del Prado sr., voor zover dat is gericht tegen rov. 3.14 van de ondernemingskamer, slagen derhalve.’ OK 29 april 2010, ARO 2010, 73 (*ZDB*). Vgl. OK 2 december 2002, JOR 2003, 38 (*Artemis/Intersong*): ‘Vanwege het behoorlijk functioneren van een raad van commissarissen behoeft voor informatieachterstand niet te worden gevreesd.’ Schoenmaker-Tijsseling 2011, p. 83 e.v.

⁴²⁹ OK 29 mei 2009, ARO 2009, 82 (*Broekmans Assurantiën*), OK 10 december 2008, ARO 2009, 1 en OK 12 januari 2010, ARO 2010, 24 en HR 16 april 2010, ARO 2010, 65, concl. A-G Timmerman (*AHAM*).

⁴³⁰ OK 31 december 2009, ARO 2010, 6 en HR 25 februari 2011, NJ 2011, 335 (*Inter Access Groep*), arrest Hof r.o. 3.16.

gelijk tot hun recht kunnen komen. De gehoudenheid daartoe is evenwel niet onbeperkt.'

Deze bij de ernst van de feiten en de ernst van mogelijke consequenties passende benadering, enerzijds in overeenstemming met artikel 2:8 lid 1 BW en anderzijds nodig om aan correctie via artikel 2:8 lid 1 of lid 2 BW überhaupt toe te kunnen komen, is een proportionele benadering waar ook de wet vanuit gaat, bijvoorbeeld – zoals al opgemerkt – in artikel 2:336 lid 1 BW, maar ook in artikel 2:349 lid 1 BW dat bepaalt dat om in een enquêteprocedure ontvankelijk te zijn eerst schriftelijk bezwaar zal dienen te worden gemaakt tegen het beleid en de gang van zaken en een redelijke termijn zal moeten zijn verlopen waarbinnen bestuur en raad van commissarissen gelegenheid hadden de bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te treffen.⁴³¹ Een daarop gebaseerd verweer heeft overigens weinig kans van slagen als er redenen zijn om aan te nemen dat de vennootschap uit anderen hoofde voldoende op de hoogte moet worden geacht.⁴³²

⁴³¹ HR 30 maart 2007, ARO 2007, 68, concl. A-G Timmerman (*ATR*), OK 5 april 2007, ARO 2007, 69 (*Heerseweg*), OK 14 januari 2010, ARO 2010, 21 (*De Boer Flevoland*), OK 26 maart 2010, ARO 2010, 53 (*Rickley*), OK 16 augustus 2010, ARO 2010, 127 (*Le-lykopters Beheer*), OK 25 november 2010, ARO 2010, 172 (*ATG*), OK 4 mei 2012, ARO 2012, 67 (*Casino's*), OK 12 oktober 2012, ARO 2012, 150 (*Unifleet*).

⁴³² Vgl. bijv. OK 28 februari 2002, ARO 2002, 29 (*Triple P*), OK 22 mei 2002, ARO 2002, 59 (*Laurus*), OK 28 juni 2002, ARO 2002, 91 (*Blokland Techniek*), OK 29 juli 2002, ARO 2002, 123 (*Sport en Racketcentrum Rottemeren*), OK 13 augustus 2002, ARO 2002, 13 (*Scheipar*), OK 2 december 2002, ARO 2002, 183 (*Erts Jura Investments*), OK 11 februari 2003, ARO 2003, 36 (*Kempenaars/Coppens Papierrecycling*), OK 31 december 2002, ARO 2003, 9 (*Kruisheer Elffers B.V.*), OK 23 april 2003, ARO 2003, 76 (*Diana Analysis*), OK 27 juni 2003, ARO 2003, 113 (*Johnny Hoes*), OK 11 juli 2003, ARO 2003, 126 (*Pimco*), OK 31 juli 2003, ARO 2003, 130 (*Citylens*), OK 1 augustus 2003, ARO 2003, 131 (*NIBO*), OK 5 december 2003, ARO 2003, 185 (*Van Doorn Corporate Development Group*), OK 5 januari 2004, ARO 2004, 5 (*Polisol*), OK 24 maart 2004, ARO 2004, 41 (*De ZorgZaak Holding*), OK 2 september 2004, ARO 2004, 107 (*Getronics*), OK 29 september 2004, ARO 2004, 118 (*Duofor*), OK 28 februari 2005, ARO 2005, 34 (*Dodo*), OK 25 maart 2005, ARO 2005, 57 (*Ogilvy*), OK 25 mei 2005, ARO 2005, 84 (*Florimarx*), OK 26 mei 2005, ARO 2005, 87 (*Taxi Centrale Amsterdam*), OK 21 juni 2005, ARO 2005, 98 (*Knapen Trailers*), OK 2 augustus 2005, ARO 2005, 155 (*Denkers TNG*), OK 16 november 2005, ARO 2005, 196 (*UMI Beheer*), OK 18 januari 2006, ARO 2006, 29 (*Daidalos*), OK 31 januari 2006, ARO 2006, 41 (*Pondac Products*), OK 30 mei 2006, ARO 2006, 106 (*Jachthaven Hillegersberg*), OK 12 juli 2006, ARO 2006, 131 (*B&M*), OK 29 december 2006, ARO 2007, 8 (*VVP*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 43 (*Dutch A&A*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 46 (*ITPB*), OK 28 maart 2007, ARO 2007, 67 (*DSM*), OK 13 juli 2007, ARO 2007, 121 (*Villa Happ International*), OK 16 juli 2007, ARO 2007, 122 (*Technoton*), OK 19 november 2008, ARO 2008, 185 (*Mens & Werk Beheer*), OK 16 juni 2009, ARO 2009, 104 (*Channel*), OK 9 november 2009, ARO 2009, 167 (*iBiz*), OK 15 januari 2010, ARO 2010, 22 (*EXIN Asia*), OK 20 januari 2010, ARO 2010, 23 (*Desmar*). Een verweer dat overigens alleen (het bestuur van) de rechtspersoon toekomt. OK 13 juli 2007, ARO 2007, 121 (*Villa Happ International*), OK 10 januari 2008, ARO 2008, 20 (*PCM*), OK

De aandeelhouder heeft dus een gang te gaan. En er is vaak aanleiding genoeg voor de bemiddelaar voor het juist naar aanleiding van die gang stellen van kritische vragen – aan alle betrokkenen.

Opzegging van de vennootschappelijke relatie met de andere aandeelhouder zondermeer behoort dus niet tot de mogelijkheden, het sorteert althans – op het eerste gezicht – geen direct in de wet geregeld rechtsgevolg, geen uitstoting, geen uitreding, geen ontbinding, en gelet op de hiervoor bij de ernst van de feiten en de ernst van mogelijke consequenties passende benadering is dat passend. De vraag die dan aan de orde is, is of – als opzegging geen direct in de wet geregeld rechtsgevolg (uitstoting, uitreding, ontbinding) sorteert – het terecht is om er ook voor het overige, bijvoorbeeld aan de scheidingsmelding, geen rechtsgevolg aan te verbinden. En als opzegging of scheidingsmelding mogelijk wel rechtsgevolg sorteert, welk rechtsgevolg dat dan is, op welke grondslag en langs welke lijnen beredeneerd. En wat de bemiddelaar aan die kennis kan hebben.

De relevantie van deze vraag vloeit voort uit de vraag of, als eenmaal aan de criteria voor toepasselijkheid van de wettelijke uitstotingsregeling is voldaan en de vordering tot gedwongen overdracht kan worden toegewezen, de slinger vanuit het perspectief van de aandeelhouder en dat van de vennootschap mogelijk al te niet ver is doorgeslagen. En of dan mogelijkerwijs tijd, ruimte en middelen, feitelijk dan wel juridisch beschouwd, onbenut zijn gebleven die vanuit het perspectief van de aandeelhouder(s), maar ook vanuit het perspectief van de betrokken vennootschap efficiënter hadden kunnen en wellicht ook hadden moeten worden besteed. En welke rol de opzegging daarbij dan speelt.

Aan de andere kant speelt hier wellicht ook het eerder in de inleiding, paragraaf 7 gememoreerde punt dat als partijen het zo nodig anders gewild hadden, ze mede door de invoering van de flex-regeling beter hadden kunnen en ook moeten regelen.

Theoretisch beschouwd komt het voorgaande neer op de vraag naar de precieze verhouding tussen artikel 2:8 BW en andere mogelijke instrumenten zoals een beroep op de nietigheid of vernietigbaarheid van besluiten, de mogelijkheid van opzegging in het algemeen of een beroep op artikel 2:336 lid 1 BW, c.q. het entameren van een kort geding, dan wel een enquêteprocedure. En op de vraag naar de precieze betekenis van de aard van de lidmaatschapsverhouding en de rol van de betamelijkheid in deze.

4 juni 2009, ARO 2009, 85 (*International Kessel*). Een weigering van verzoeker om in nader overleg te treden behoeft niet te betekenen dat hij niet ontvankelijk is. OK 27 maart 2009, ARO 2009, 58 (*Pine Digital*).

Vanuit de praktijk beschouwd ligt hier een lastig ‘tussengebied’ waar zich afhankelijk van de aard en ernst van de verschillen van inzicht en van de aard en ernst van de impasse tussen aandeelhouders en/of bestuurders allerlei als opportunistisch te kwalificeren gedrag afspeelt waar het lastig grip op krijgen is – ook vanwege het feit dat ondernemingsrecht in zijn meerdimensionaliteit bepaald niet eenvoudig is en algemene normen, zoals opgemerkt, moeilijk te geven zijn. Terwijl het in de meeste gevallen van duurzame ontwrichting – zo blijkt uit de praktijk – nadat de samenwerking in haar tegendeel is komen te verkeren toch vooral gaat om een – eendimensionale – met alle middelen uitgevochten strijd ‘om de centen’.

Meer houvast is dus bruikbaar.

2.4 Duurzame ontwrichting bij B.V. – uittreding

Bij de tegenhanger van de wettelijke uitstotingsregeling, de ‘uittredingsregeling’ van artikel 2:343 lid 1 BW, waarin het gaat om een vordering tot gedwongen overname, lijken bij eerste kennisname van de regeling:

‘De aandeelhouder die door gedragingen van een of meer medeaandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd, kan tegen die medeaandeelhouders een vordering tot uittreding instellen, (...) Een vordering tot uittreding kan ook worden ingesteld tegen de vennootschap op grond van gedragingen van één of meer medeaandeelhouders of van de vennootschap zelf.’

de eisen minder zwaar, omdat daar niet gerefereerd wordt aan het schaden van het belang van de vennootschap, maar aan de eigen rechten en belangen van de aandeelhouder,⁴³³ en ook omdat door de rechter in overeenstemming met de memorie van toelichting niet de eis wordt gesteld dat het schadelijke gedrag gepleegd wordt door de medeaandeelhouder ‘als aandeelhouder’.⁴³⁴ Concurrentie door de andere aandeelhouder – zo wordt mede op basis van de memorie van toelichting⁴³⁵ aangenomen – kan daardoor als gedrag ‘van buiten’ een grond voor uittreding zijn. Of, zoals Bulten schrijft:

⁴³³ Bulten 2011/1, p. 69 e.v.

⁴³⁴ OK 22 oktober 1992, NJ 1993, 411 (*Van Eyk/Van Eyk*), MvT Invoering geschillenregeling, TK 1984-1985, 18 905, nrs. 1-3, p. 16/17, Leijten 1999/2, p. 236, Bertrams 1999, p. 81-86, Bulten 2011/1, p. 70.

⁴³⁵ MvT Invoering geschillenregeling, TK 1984-1985, 18 905, nrs. 1-3, p. 16/17. Vgl. ook OK 20 juni 2007, ARO 2007, 110 (*CBR*).

*‘alle gedragingen kunnen tot uittreding aanleiding geven, en elk geschaad recht of belang “telt mee”’.*⁴³⁶

Maar ook bij de wettelijke uittredingsregeling geldt – zoals Bulten in 2011 in haar proefschrift vaststelt⁴³⁷ en in de noot bij Rb. Den Haag 23 mei 2012, JOR 2012, 246 (*Emba*) bevestigt – dat uitgangspunt is de verstoorde verhouding tussen partijen, waarbij voor het recht op uittreding toch steeds minstens sprake zou dienen te zijn van enige verwijtbaarheid aan de andere aandeelhouder – i.e. de eis van het zodanig schaden dat uittreding daardoor aangewezen is. Daarop duiden ook de woorden ‘in redelijkheid niet kan worden gevergd’ die een zeker restrictief karakter veronderstellen.⁴³⁸ Dat is niet onbegrijpelijk omdat de andere aandeelhouder tegen zijn zin gedwongen wordt om de aandelen tegen een door de rechter vastgestelde waarde over te nemen⁴³⁹ en de aandeelhouder die de vordering instelt er volgens de in het wettelijk systeem geldende hoofdregel niet vanuit mag gaan dat iedere aanleiding tot opzegging maar gebruikt kan worden om uit te kunnen treden.⁴⁴⁰

Bertrams concludeert in een bijdrage aan de bundel ‘Overnemen een hele onderneming’ op basis van jurisprudentieonderzoek in 1999 (van ca. veertien uitspraken) dat in beginsel alle gedragingen die leiden tot een toestand van benardheid die in redelijkheid niet langer kan worden gevergd, dus ook als geen verwijt valt te maken, de vordering tot uittreding kunnen rechtvaardigen.⁴⁴¹ Het gebruik door hem van de termen ‘rechtvaardigen’ en ‘benardheid’ op basis van de door hem onderzochte jurisprudentie wijzen er op dat de jurisprudentie, ook toen, voor opzegging ‘at will’,⁴⁴² in dit soort situaties geen ruimte bood.⁴⁴³ Ook het beperkte aantal uitspraken dat er intussen in kort geding en daarbuiten⁴⁴⁴ is (volgens de memorie van toelichting bij de flex-regeling in 2007 ca. vijftien uitspraken,⁴⁴⁵ Bulten meldt intussen dat het er 21 zijn geweest,⁴⁴⁶ maar er zijn ook

⁴³⁶ Ook Bulten 2011/1, p. 71 e.v.

⁴³⁷ Bulten 2011/1, p. 75.

⁴³⁸ Asser-Van der Grinten II (de rechtspersoon), p. 244, ten aanzien van artikel 2:36 lid 1 BW.

⁴³⁹ OK 20 november 1997, JOR 1998, 26A (*Hooymans/Hooymans*) en Rb. Zutphen 25 april 2012, JOR 2012, 179 (*Dijkhaas B.V./Ruitenbergh*), r.o. 5.1.

⁴⁴⁰ Daarom besteedt de Rechtbank Zutphen in het vonnis van 25 april 2012, JOR 2012, 179 (*Dijkhaas B.V./Ruitenbergh*) in het kader van de uittredingsvordering van Dijkhaas die als bestuurder was ontslagen aandacht aan het feit dat Dijkhaas niet weersproken had dat het aandeelhouderschap en het bestuurderschap binnen de vennootschap (Ruitenbergh Ingrediënten B.V.) niet onlosmakelijk met elkaar waren verbonden en dat dit ook nooit de bedoeling van partijen was geweest. Ook Timmerman 2010.

⁴⁴¹ Bulten 2011/1, p. 78/79 en 373 e.v. en 2011/2 p. 6/7.

⁴⁴² De Kluiver 2007 en 2010, Bulten 2011/2, p. 9/10.

⁴⁴³ Bertrams 1999, p. 87-91, Bulten 2011/1, p. 48/49, p. 86.

⁴⁴⁴ Rb. Zutphen 25 april 2012, JOR 2012, 179 (*Dijkhaas B.V./Ruitenbergh*).

⁴⁴⁵ MvT flex-B.V., TK 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 17.

advocaten die zeggen dat zij alleen al er meer hebben gevoerd), geeft hiertoe geen aanleiding. Kortom: ook voor toewijzing van de vordering tot uittreding moet voldoende belang en grondslag bestaan.

Het voorgaande – enerzijds het niet met voorspelbaar rechtsgevolg kunnen opzeggen wanneer vertrouwen in de samenwerking is komen te ontbreken, en anderzijds het tegen de strenge voorwaarden van de wettelijke uitstotingsregeling aanlopen en de onduidelijkheid ten aanzien van te hanteren criteria in het grijze tussengebied – is in de praktijk van het ondernemingsrecht een niet te onderschatten thema, gelet op de (rechts)onzekerheid en de qua duur, energie en kosten bezwarende procedures die er mee samenhangen.⁴⁴⁷ Gelukkig is door de wijzigingen van de wettelijke geschillenregeling per 1 oktober 2012 aan de ernstige bezwaren tegen de procedurele aspecten ervan alvast een eind tegemoet gekomen.⁴⁴⁸

Wat deze bezwaren betreft – als de ingevoerde lezer toestaat ze nog een keer kort te memoreren – wees De Kluiver, naast Bulten⁴⁴⁹ en vele anderen,⁴⁵⁰ op de onverantwoorde lengte (i.e. mogelijk tweemaal naar de Hoge Raad en terug, als alles tegen zit zo'n tien jaar in beslag nemend)⁴⁵¹ van de procedure, de gecompliceerdheid van het debat over zowel feitelijke als juridische vragen terwijl zich dat debat niet verhoudt met de snelheid die in dit soort geschilssituaties geboden is,⁴⁵² de bedreigingen voor de continuïteit van de onderneming en de complica-

⁴⁴⁶ Bulten 2012, p. 1. In haar noot onder OK 30 maart 2010, JOR 2010, 221 (*B.E.K. Holding/De B. Holding en Klarenbeer Beheer*) schrijft ze dat sinds de invoering van de wettelijke geschillenregeling uitstoting zevenmaal gevorderd is, waarvan viermaal toegewezen.

⁴⁴⁷ MvT Invoering geschillenregeling, TK 1984-1985, 18 905, nrs. 1-3, p. 7 die het al in 1985 heeft over: *'problematiek van veelvuldig voortkomende en zich in velerlei vorm voordoende conflicten tussen aandeelhouders in besloten vennootschappen'*. Uit empirisch onderzoek uit 2009 over de periode 2000-2007 bleek opnieuw, nadat dat in 1985 bij de invoering van de geschillenregeling ook al geconstateerd was, p. 9, dat bij niet-beursvennootschappen het meest voorkomende geschil dat aanleiding geeft tot het indienen van een enquêteverzoek een impasse in de besluitvorming is (zo'n 24% over de periode 2000-2007). Rapport Kools/Kroeze 2009, p. 74 en 96. Dit betekent dat het aantal werkelijke geschilssituaties nog veel groter is, nog daargelaten dat geschillen in personenvennootschappen doordat zij niet onder het bereik van het enquêterecht vallen in het onderzoek niet werden meegenomen.

⁴⁴⁸ Roest 2007, p. 959 e.v.

⁴⁴⁹ Bulten 2011/1 en Bulten 2011/2, p. 5.

⁴⁵⁰ Verhaar 2008, p. 46 e.v. voor een overzicht op dat moment.

⁴⁵¹ Leijten 1999/2, p. 236/237, Berendsen en Mol 2007, p. 214 e.v.

⁴⁵² Ook Bulten 2011/1, p. 45 en 2011/2, p. 6, wijst op het belang van snelheid: *'aan de verstoorde verhouding moet door een rechterlijk ingrijpen zo spoedig mogelijk een einde komen. Deze snelheid mag op haar beurt weer niet ten koste gaan van de zorgvuldigheid van de procedure.'*

ties voor de waardebeoordeling.⁴⁵³ Op basis van ervaringen in de praktijk sluit dit boek hier gaarne bij aan, onder verwijzing naar de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Van den Berg/Van den Berg*⁴⁵⁴ uit 1993, gewijd aan de wettelijke geschillenregeling:

‘Het voortduren van permanente conflictsituaties tussen aandeelhouders in kapitaalvennootschappen kan zozeer in strijd komen met het algemeen belang dat verbonden is aan een goed functionerend bedrijfsleven, dat de wetgever op goede gronden van oordeel kon zijn dat de onderhavige regeling noodzakelijk was in ‘the general interest’.

Die regeling moet dan wel werken. Te betreuren is daarom dat de voornaamste bezwaren – een vijftal, in onderlinge samenhang te beschouwen – tegen de wettelijke geschillenregeling, en dan met name de regeling van de uitstoting, zijn blijven bestaan.

Ten eerste geldt dat de eis die de wettelijke geschillenregeling voor gedwongen uitstoting stelt (*‘het zodanig schaden van het belang van de vennootschap dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden gedorst’*) zoiets betekent als van man en vrouw te verlangen dat eerst de kinderen worden geslagen voordat serieus echtscheiding kan worden overwogen.⁴⁵⁵ De uitstoting als maatregel is dus, geïsoleerd beschouwd, per definitie te laat.

Ten tweede is – zoals Bulten schrijft⁴⁵⁶ – te handelen in het belang van de vennootschap een richtsnoer voor bestuurders en commissarissen. Bulten schrijft dan dat aandeelhouders zich niet primair hoeven te laten leiden door dit belang en refereert aan de *Melchers*-, *Wennex*- en *Aurora*-arresten.⁴⁵⁷ Zij kiest vervolgens voor toetsing aan artikel 2:8 lid 1 BW omdat dat juist wel in de verhouding

⁴⁵³ De Kluiver 2010, p. 22, vgl. Driessen, 2003, p. 581 e.v., Norbruis 2005, p. 428 e.v., Roest 2007, p. 959 e.v., Willems 2008, p. 80, Bulten 2011/2, p. 5/6.

⁴⁵⁴ HR 8 december 1993, NJ 1994, 273 (*Van den Berg/Van den Berg*), Bertrams 1999, p. 79. Vgl. ook concl. P-G Wijnveldt bij HR 30 juni 1944, NJ 1944, 465 (*Wennex*) die naar aanleiding van de situatie dat twee aandeelhouders zich verbonden hadden bij staking der stemmen het bindend advies van een commissie van drie personen te volgen en dienovereenkomstig stem uit te brengen, opmerkt: *‘terwijl in deze zaak slechts sprake is van een bindend advies om uit moeilijkheden te komen, welke de beide oprichters der zaak die volkomen gelijkgerechtigd waren, mogelijk achtten. Hiermede gaven zij m.i. blijk van een helder zakelijk inzicht.’* Brenninkmeijer 1973, p. 77 e.v., Maeijer 1976, p. 95 e.v.

⁴⁵⁵ Vgl. Willems 2011/2, p. 153 die de vergelijking legt voor de situatie die ontstaat als de procedure begonnen is: *‘Het is alsof echtgenoten wier huwelijk duurzaam is ontwricht, gedwongen worden onder één dak te leven totdat het vonnis houdende de echtscheiding en dat houdende de boedelverdeling onheroepebaar zijn.’*

⁴⁵⁶ Bulten 2011/1, p. 67, Van Duuren 2012, p. 142 e.v.

⁴⁵⁷ HR 30 juni 1944, NJ 1944, 465 (*Wennex*), HR 13 november 1959, NJ 1960, 472 (*Melchers*) en HR 19 februari 1960, NJ 1960, 473 (*Aurora*).

tussen aandeelhouders en de vennootschap geldt. Die suggestie wordt hier gevolgd, maar – gelet op paragraaf 1.5 hiervoor – met een toevoeging, te weten de verbinding met de (analyse van de) aard van de lidmaatschaps- en ledenverhouding en de in besloten verhoudingen bijpassende betamelijkheidsnormen. Het zou betekenen dat die verhouding en de er binnen spelende uitgangspunten referentiekader zijn bij de vraag of aan de criteria voor gedwongen overdracht is voldaan, alsook als het in voorkomende gevallen gaat om een recht op uittreding.

Het zou ook aansluiten op de jurisprudentie van de Ondernemingskamer sedert het arrest van de Hoge Raad inzake *Sluis B.V.*:⁴⁵⁸ het grote aantal beschikkingen waarin na analyse van de besloten ledenverhouding geconstateerd wordt dat belangen onvoldoende gescheiden zijn gehouden, dat onvoldoende transparantie wordt betracht en dat zorzvuldigheidsnormen in de verhouding tussen aandeelhouders zijn geschonden.

Het voorgaande onderstreept – ten vierde – het belang van een goede samenhang van een wettelijke geschillenregeling als ‘quasi’ opzeggingsregeling met andere regelingen zoals die van artikel 2:8 lid 1, 2:14/15 BW en het enquête-recht, dus met andere acties gericht op het voorkomen en beheersen van conflicten in besloten verhoudingen. Althans het belang van goed zicht op samenhang met de criteria die voor de toepassing van die regelingen relevant zijn en daarbinnen een rol spelen.

Ten vijfde lijkt met het criterium, steeds als wordt aangeknoopt bij het restrictieve karakter van de wettelijke geschillenregeling en het vermeende onteigeningskarakter ervan⁴⁵⁹ – het alleen in uitzonderlijke omstandigheden mogelijk zijn van gedwongen overdracht – tekort te worden gedaan aan de wel degelijk bestaande mogelijkheid van genuanceerde benadering van:

‘het belang van de vennootschap zodanig schaden dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld’.

Analyse van de lidmaatschaps- en ledenverhouding kan daarbij een veel grotere rol spelen dan de traditionele restrictieve toepassing van de bepaling doet vermoeden. Voorbeelden hiervan zijn de uitspraken in kort geding inzake *Sabelspoort Holding/Laudij Beheer*, waarop in hoofdstuk 3, paragraaf 3 ook nog wordt

⁴⁵⁸ HR 9 juli 1990, NJ 1991, 51 (*Sluis B.V.*).

⁴⁵⁹ Bulten 2011, p. 37 e.v. en p. 352 die overtuigend motiveert dat het vermeende onteigeningskarakter van de gedwongen overdracht niet aan een succesvolle vordering tot overdracht in kort geding in de weg staat.

teruggekomen, en *Baremans/Muijs*,⁴⁶⁰ dat hierna in paragraaf 2.5 tot en met 2.7 wordt behandeld.

2.5 *Relativering?*

De term uitstoting heeft iets dubbelzinnigs: het zal vaak te doen zijn om beperking van zeggenschap en winstrecht gericht op de persoon, maar om voor de hand liggende redenen ligt de focus op het prijs geven van aandelen. Daarmee krijgt de discussie over de legitimatie van de uittreding iets onzuivers. Vanuit het perspectief van het belang van degene die op beperking aanstuurt zou (gedeeltelijke) schorsing of de (gedeeltelijke) beperking van zeggenschap en/of winstrecht kunnen volstaan. Zou artikel 2:8 lid 1 BW geen grondslag bieden voor uitstoting ('eigendomsoverdracht'), dan komt artikel 2:8 lid 1 BW bij (gedeeltelijke) schorsing of de (gedeeltelijke) beperking van zeggenschap en/of winstrecht wel of eerder in beeld. En daarmee – omdat het dan gaat om aanpassing van gedrag in het belang van de rechtspersoon – het enquêterecht.

De vraag is of de legitimatie van beperking van zeggenschap en/of winstrecht in de discussie dezelfde zwaarte heeft als de discussie over de volledige onteigening⁴⁶¹ als het gaat om de gedwongen eigendomsoverdracht van het aandeel. Verder rijst de vraag of het bij houderschap van aandelen uit der aard wel steeds om 'eigendom' in absolute zin gaat.⁴⁶² Is met andere woorden met de aanvaarding van het lidmaat- of aandeelhouderschap niet meteen ook geaccepteerd of dient daarmee niet meteen geaccepteerd te worden geacht dat onder omstandigheden aan aandeelhouderschap ook bepaalde gehoudenheden verbonden zijn, afhankelijk van aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding? Mede bepaald door het karakter van lidmaatschapsrecht als verantwoordingsrecht? En kunnen die gehoudenheden niet meteen ook betekenen dat een aandeelhouder eerder dan bij 'gewoon' eigendom gehouden is aan overdracht medewerking te verlenen? Het antwoord op de eerste vraag is bevestigend. Wat de laatste vraag betreft kan worden gewezen op het navolgende.

Zou de zwaarte in de discussie over de legitimatie in beide benaderingswijzen verschillen en zou de rechter vanuit ondernemingsrechtelijk perspectief op verzoek van de belanghebbende aandeelhouder 'gemakkelijker' kunnen beslissen tot blijvende of tijdelijke gehele of gedeeltelijke schorsing of de gehele of ge-

⁴⁶⁰ V.zr. Rb. Arnhem 19 september 2007, JOR 2007, 266 (*Sabelspoort Holding en Hermes Beheer/Laudij Beheer*) en V.zr. Rb. Breda 23 november 2011, JOR 2012, 37, nt. Bulten (*Baremans/Muijs*).

⁴⁶¹ Bulten 2011, p. 40 e.v., vgl. HR 8 december 1993, NJ 1994, 273 (*Van den Berg/Van den Berg*), Berg 1999, p. 107, Timmerman 2005, p. 5, concl. Timmerman bij HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 (*Laurus*) en bij HR 14 september 2007, ARO 2007, 154 (*Tele2 Finance*), onder 3 e.v.

⁴⁶² Macijer 2000/2, p. 383 e.v.

deeltelijke beperking) van zeggenschap en/of winstrecht aan de zijde van de ‘schadende aandeelhouder’, dan *zou* ook kunnen worden betoogd dat het alsdan *niet* overnemen van het geheel of een deel van de aandelen door de belanghebbende aandeelhouder tegen betaling aan de schadende aandeelhouder van een reële prijs en/of tegen andere compenserende maatregelen in strijd is met de objectieve redelijkheid en billijkheid en de systematiek van de wet.⁴⁶³

Het is een voorbeeld van ‘evenredigheidsdenken’ als bedoeld in de inleiding, paragraaf 8.

Als die bereidheid niet bestaat lijkt legitimatie te ontbreken voor beide benaderingen, maar het meest van beiden voor volledige onteigening. Waarde- en prijsvermindering door het schadende gedrag en de discussie daarover daargelaten.

Dit *zou* kunnen betekenen dat in kort geding of bij een verzoek om onmiddellijke voorzieningen de opzeggende aandeelhouder succes zou kunnen hebben met een vordering tot uitstoting als hij aantoont bereid te zijn tot betaling aan de gedaagde (de opgezegde) aandeelhouder van een in objectiviteit vast te stellen reële prijs eventueel in combinatie met andere compenserende maatregelen waartoe hij voorafgaand aan de procedure in de opbouw van het dossier de nodige aanzetten moet hebben gegeven onder andere door het doen van reële voorstellen tot waardering door en benoeming van deskundigen, bijvoorbeeld op de wijze zoals die voor de Ondernemingskamer wel gebruikt wordt.⁴⁶⁴ Dit verhoogt de kwaliteit van de scheidingsmelding.

De aandeelhouder die gaat voor uitstoting ecarteert met die voorstellen (zo veel mogelijk) het belang van de minderheidsaandeelhouder om zich blijvend tegen

⁴⁶³ HR 21 januari 2005, ARO 2005, 30, NJ 2005, 126, concl. A-G Timmerman (*Hoffmann*) waarin de Hoge Raad onder r.o. 3.3.2 overweegt: ‘*art. 2:339 lid 1 BW* schrijft de rechter die een vordering tot aandelenoverdracht als bedoeld in art. 2:336 toewijst, dwingend voor een of drie deskundigen te benoemen die schriftelijk bericht moeten uitbrengen over de prijs van de aandelen. Dit voorschrift, dat gezien moet worden in samenhang met het derde lid van dat artikel, dat bepaalt dat de deskundigen hun bericht opstellen met inachtneming van hetgeen omtrent de vaststelling van de waarde van de aandelen in de blokkeringsregeling is bepaald, strekt ertoe te waarborgen dat de aandeelhouder die tot overdracht van zijn belang gedwongen wordt, een prijs ontvangt die zoveel mogelijk overeenstemt met die welke hij bij vrijwillige vervreemding van de aandelen zou kunnen bedingen.’ Timmerman merkt in zijn conclusie bij HR 14 september 2007, ARO 2007, 154 (*Tele2 Finance*) ingaande op de toets van de huidige regeling onder 3.20 op: ‘*Ik acht het vooral van belang dat de uitkoopregeling waarborgen biedt teneinde een adequate prijsbepaling van de aandelen te verzekeren.*’

⁴⁶⁴ Vgl. OK 12 november 1999, JOR 1999, 137 (*Directie AGV*), OK 20 september 2001, JOR 2001, 226 (*Bot Bouw*), OK 15 april 2004, JOR 2004, 162 (*Maruna*), OK 28 oktober 2009, ARO 2009, 160 (*DWS Holding*). Zie verder de beschikkingen waarin minnelijke regelingen zijn opgenomen.

uitstoting te verzetten.⁴⁶⁵ In deze benadering ligt de nadruk niet op de ‘onteigening’, maar op het ecarteren van het belang aan de zijde van de andere aandeelhouder en de verwoording en vervulling van deze benadering legitimerende inhoudelijke maatstaven met als alternatief de op artikel 2:8 lid 1 BW gebaseerde blokkering of beperking van zeggenschap en winst. De discussie gaat dan waarover zij moet gaan.

Het is een benadering waarin de ‘eigendom’ van het aandeel niet gezien wordt als iets absoluuts, maar als van relatieve aard en betekenis, gerelateerd aan de achterliggende belangen en verwachtingen, mede bepaald door de aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding. Niet alleen gerelateerd aan ‘wat mag worden verwacht’ maar ook aan ‘wat de ander mag verwachten’ – aan ‘actieve reflectie’ dus, binnen een zeker normatief kader: van wat betamelijk is. En dus aan de verkeersopvattingen.

Gelet op het belang van bedoelde houding en de genuanceerde benadering door de Ondernemingskamer van de grote hoeveelheid uit de jurisprudentie blijken aandeelhoudersconflicten is de betekenis van het eigendomsrecht ten aanzien van het aandeel zolang het gaat om houding tegenover andere aandeelhouders en de rechtspersoon zeker als ‘relatief’ te beschouwen. Het is zoals Van Schilfgaarde schrijft in zijn noot onder HR 25 februari 2011, NJ 2011, 335 (*Inter Access Groep*):

*‘alle eigendom is functioneel bepaald.’*⁴⁶⁶

Liever hier nog vertaald naar: alle eigendom is relationeel bepaald (zij kan daarbij in functie staan).⁴⁶⁷ De verbonden lidmaatschapsrechten en -plichten zijn te beschouwen in het perspectief van de aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding als in paragraaf 1.5 beschreven.

De hier beschreven benadering – het door een bepaalde benadering van de uit te stoten aandeelhouder ecarteren van diens belang – is er een die lijkt op die rond de mankerende oproepingsbrief en het doorzetten van besluitvorming als beschreven in de inleiding, paragraaf 6.

Geen bereidheid en/of geen mogelijkheid van eiser om een reële in objectiviteit te bepalen prijs te betalen heeft dan consequenties en moet in deze redenering consequenties hebben. Vergelijkbaar geldt voor een weigering van de andere

⁴⁶⁵ Vgl. vanuit iets andere invalshoek – waarover nog in dit boek – OK 23 januari 2009, ARO 2009, 18 (*MGC*), OK 17 februari 2009, ARO 2009, 44 (*Lycos*), OK 28 oktober 2009, ARO 2009, 160 (*DWS Holding*).

⁴⁶⁶ Vertaling hier is de term ‘betrokkenheid’. Dat wordt verder in dit boek nog uitgewerkt. Timmerman 2005, p. 6.

⁴⁶⁷ Maeijer 2000/2, p. 384 e.v.

aandeelhouder daarop in te gaan, in aanmerking genomen de omstandigheden van het geval. De vraag is welke consequenties, waarbij kanttekening ook is de vraag of het eigenlijk nodig is dat de opgezegde aandeelhouder als ‘schadende’ aandeelhouder kwalificeert en waar hem dat ‘schaden’ dan in zit. En wat de rol van de redelijkheid en billijkheid is.

Relevant voor de bemiddelaar is dat in de praktijk nogal wat ruimte voor het vinden van creatieve oplossingen verscholen gaat achter het ‘welles/nietes’-spel tussen de vechtende aandeelhouders. Het voorgaande geeft ruimte om hier op een bepaalde rechtens te verantwoorden manier mee omgaan. Het is een benadering die hierna in de paragrafen 2.6 en 2.7 verder wordt uitgewerkt, aan de hand van de zaak *Baremans/Muijs*.

2.6 ‘Baremans/Muijs’

In de kwestie *Baremans/Muijs*, voorgelegd aan de voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda⁴⁶⁸ ging het, onder meer, om een uitstotingsvordering van Baremans Holding, bestuurd door Baremans, houdende 50% van de aandelen in Baremans-Muijs Holding. De overige 50% van de aandelen in Baremans-Muijs Holding werd gehouden door Muijs Holding. Muijs Holding werd bestuurd door haar enig aandeelhouder, mevrouw Muijs. Baremans Holding en Muijs Holding waren de gezamenlijk tot vertegenwoordiging bevoegde bestuurders van Baremans-Muijs Holding.

Baremans-Muijs Holding hield het volledig geplaatste aandelenkapitaal in Baremans-Muijs B.V.

Baremans Holding vorderde de voorzieningenrechter primair:

‘Muijs Holding te veroordelen om binnen acht dagen na betekening van dit vonnis alle door haar gehouden geplaatste aandelen in het kapitaal van Baremans-Muijs Holding aan Baremans Holding te leveren voor een voorlopige koopsom van € 1,--, op verbeurte van een dwangsom van € 5.000,-- voor iedere dag of iedere keer dat Muijs Holding in gebreke blijft aan deze leveringsverplichting te voldoen onder bepaling dat dit vonnis in plaats kan treden van de voor de levering vereiste (rechts-)handelingen, onder bepaling, dat in de leveringsakte ten gunste van Muijs Holding een pandrecht zal zijn gevestigd tot zekerheid van de betaling van de koopsom (onderstreping P) die dient te worden vastgesteld op basis van artikel 14 van de statuten van Baremans-Muijs Holding waarbij eiseressen zullen worden gelast hun medewerking te verlenen aan de prijsvaststelling.’

⁴⁶⁸ V.zr. Rb. Breda 23 november 2011, JOR 2012, 37, nt. Bulten (*Baremans/Muijs*).

Baremans en Muijs waren gehuwd maar leefden gescheiden. Vanaf 2010 bevonden ze zich in een diepgaand conflict over hun kinderen. In dat verband schreven ze elkaar over en weer een persoonlijkheidsstoornis toe. Een echtscheidingsprocedure was gestart.

ABN Amro Bank eiste financiële gegevens als voorwaarde voor verdere kredietverlening aan Baremans-Muijs B.V. De bank had:

‘nadrukkelijk te kennen gegeven beslist geen partij te willen worden in het conflict (een terughoudende opstelling die vaker voorkomt, toevoeging P), maar het wel noodzakelijk te vinden dat er op heel korte termijn een oplossing hiervoor wordt gevonden. De huidige conflictsituatie heeft, zoals u allebei heeft aangegeven, uitwerking op de ontwikkelingen in het bedrijf wat wij als bank niet acceptabel vinden. Wij hebben u dan ook verzocht uiterlijk 1 oktober met een oplossing te komen. Naar onze mening kan deze alleen bewerkstelligd worden als alle aandelen naar één persoon overgaan. Inmiddels is 1 oktober gepasseerd en hebben wij van u nog niet vernomen op welke wijze u de huidige impasse zult gaan doorbreken.’

Ook de franchisegever van Baremans-Muijs B.V. gaf aan zich grote zorgen te maken en zich het recht voor te behouden de franchiseovereenkomst op te zeggen.

De voorzieningenrechter stelde in het vonnis – geheel in lijn met de rechtspraak – voorop:

‘dat een gedwongen overdracht van aandelen in kort geding slechts onder uitzonderlijke omstandigheden mogelijk is. Aan dergelijke omstandigheden is voldaan wanneer door het handelen van de aandeelhouder het belang van de vennootschap zodanig wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet langer kan worden geduld.’

en overwoog vervolgens onder meer dat beide partijen eensluidend stelden dat opzegging van het bankkrediet zou leiden tot het faillissement van de vennootschap.

Muijs achtte herstel van de verhouding nog wel mogelijk op zakelijk niveau in tegenstelling tot Baremans.

De voorzieningenrechter schonk vervolgens aandacht aan het feit dat Mijs zich in de akte van antwoord zeer negatief uitliet over Baremans en haar stellingen over de persoonlijkheidsstoornis accentueerde, dat schorsing van Muijs Holding niks opleverde omdat het conflict zich dan naar de vergadering van aandeelhouders

ders verplaatste en dat van de kant van Muijs geen vordering was ingesteld die het voortbestaan van de vennootschap veilig stelde.

Conclusie van de voorzieningrechter was dat alleen de gevorderde overdracht van de aandelen aan Baremans Holding dit belang kon veilig stellen. Hij wijst er dan op dat Baremans – onbetwist – altijd feitelijke leiding had gevoerd, het winkelpersoneel, een zestal personen, alleen met Baremans verder wilde⁴⁶⁹ en toewijzing van de aandelen aan Baremans de positie van de winkel versterkte.

De voorzieningenrechter oordeelt uiteindelijk dat onder de geschetste omstandigheden de gevorderde overdracht van aandelen gerechtvaardigd is, ten eerste als ordemaatregel die onontkoombaar is in het belang van de vennootschap en ten tweede als beslissing die overeenkomt met een te verwachten uitkomst van een procedure op grond van artikel 2:336 BW.⁴⁷⁰ De rechter oordeelt in dit laatste verband verder dat Baremans over het voor instellen van de vordering vereiste aantal aandelen beschikt, en voorts:

*‘de ABN AMRO Bank heeft medio 2011 als voorwaarde voor voortzetting van de kredietfaciliteit om financiële stukken gevraagd, en Muijs heeft zonder overleg met en zonder toestemming van Baremans een derde ingeschakeld voor de opstelling van deze financiële stukken, zonder aan de ABN AMRO Bank en Baremans bekend te willen maken wie deze stukken had opgesteld. Dit gedrag van Muijs was in strijd met de verplichting tot gezamenlijke besluitvorming op een zeer belangrijk onderwerp. Bovendien stelde het de relatie met de ABN AMRO Bank in gevaar. Enerzijds door de breuk met het eerder ingeschakelde accountantskantoor, anderzijds door de identiteit van de opsteller van de gegevens niet te willen vermelden. Dit eenzijdig handelen van Muijs maakt ook aannemelijk dat zij geen (volledige) openheid ter zake de administratie van de vennootschap heeft verschaft aan Baremans. Ook dit was een essentiële verplichting van de gezamenlijke bestuurders jegens elkaar.
Muijs Holding laat na om aan de rechter realistische oplossingen aan te reiken die de vennootschap zouden kunnen redden.’*

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter waren dit gedragingen van Muijs Holding die het belang van de vennootschap zodanig schaden dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet langer kan worden geduld.

⁴⁶⁹ Zie voor betekenis positie en voorkeur van het personeel ook OK 31 juli 2003, ARO 2003, 130 (*Citylens*).

⁴⁷⁰ Vgl. Bulten 2011, p. 352/353 die hier ook aan refereert.

Uiteindelijk veroordeelde de voorzieningenrechter Muijs Holding onder meer:

‘om binnen acht dagen na betekening van dit vonnis alle door haar gehouden aandelen in Baremans-Muijs Holding BV over te dragen aan Baremans Holding BV voor een voorlopige koopsom van € 1,--, onder bepaling dat in de leveringsakte ten gunste van Muijs Holding BV een pandrecht zal zijn gevestigd tot zekerheid van de betaling van de koopsom die dient te worden vastgesteld op basis van artikel 14 van de statuten van Baremans-Muijs Holding BV waarbij eiseressen worden gelast hun medewerking te verlenen aan de prijsvaststelling.’

2.7 De ‘Baremans/Muijs’-actie

De aanvankelijke vordering van Baremans Holding waarin opgenomen de formule:

‘dat in de leveringsakte ten gunste van Muijs Holding een pandrecht zal zijn gevestigd tot zekerheid van de betaling van de koopsom.’

is meesterlijk. Daarmee ecarteerde Baremans Holding het belang van Muijs Holding om zich tegen ‘onteigening’ te verzetten en werd de mogelijkheid van objectieve prijsbepaling geïntroduceerd *tegen een later datum*, tegen vestiging van een pandrecht ten laste van Baremans Holding. De voorzieningenrechter nam dat in het vonnis over.⁴⁷¹ Waardering en prijsbepaling worden met de vordering van Baremans Holding in de tijd doorgeschoven en Baremans kan als aandeelhouder en enig bestuurder alvast ‘vooruit’. Het belang van Muijs Holding is gezekeerd, enerzijds door het pandrecht, anderzijds doordat de voorzieningenrechter Baremans Holding gelast medewerking te verlenen aan de prijsvaststelling.⁴⁷²

Het vonnis van de voorzieningenrechter te Breda laat zien dat de mogelijkheid bestaat tot analyse en het trekken van conclusies die ook zonder de verwijzing naar het verondersteld ‘zeer’ restrictieve karakter van de wettelijke uitstotingsregeling en het onteigeningskarakter van de vordering mogelijk zijn – ofschoon de voorzieningenrechter het criterium wel aanhaalt. Die (te) restrictieve benadering – de verwijzing naar het uitgangspunt dat gedwongen overdracht alleen onder uitzonderlijke omstandigheden mogelijk is – is een dooddoener. Natuurlijk kan gedwongen overdracht van aandelen niet bij ieder geschil met succes worden gevorderd. Maar of met de vordering zo restrictief moet worden omgegaan als gebeurt, is de vraag.

⁴⁷¹ Vgl. Bulten 2011, p. 352/353.

⁴⁷² Vgl. voor andere invalshoek OK 23 januari 2009, ARO 2009, 18 (*MGC*), maar met een wezen zelfde benadering.

Ecarteren van het belang van de gedaagde aandeelhouder zoals Baremans Holding met haar vordering deed en het aanvoeren van de juiste argumenten (sommige overwegingen in de uitspraak doen sterk denken aan overwegingen van de Ondernemingskamer in het enquêterecht) onder doorschuiven van de objectieve waardebepalings naar de toekomst zou er toe kunnen leiden dat in kort geding, en via de weg van de onmiddellijke voorzieningen bij de Ondernemingskamer als bedoeld in artikel 2:349a leden 2 en 3 BW,⁴⁷³ met meer succes en vaker uitstoting van een aandeelhouder zou moeten kunnen worden gevorderd.

Zulks met de kanttekeningen:

- (1) dat aan het instrument van het kort geding of de weg van de onmiddellijke voorzieningen ook nadelen zijn verbonden. Zo wordt hier door de voorzieningenrechter als onbetwist vaststaand aangenomen dat het personeel met Baremans verder wil. Wat als dat betwist wordt en de feiten ook overigens weer net even anders liggen?⁴⁷⁴ Voor dit soort debat en voor onderzoek bestaat in het enquêterecht meer ruimte;⁴⁷⁵
- (2) dat het enquêterecht een bijzonder karakter heeft waarbij het niet gaat om het doen vaststellen van persoonlijke verantwoordelijkheid. Anderzijds kan – zoals in *Baremans/Muijs* – de overdracht van aandelen wel degelijk in het belang van de vennootschap zijn en een aantrekkelijke variant zijn om een impasse te doorbreken. Sterker: tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer is een van de definitieve voorzieningen van artikel 2:356 BW;⁴⁷⁶
- (3) dat als aandeelhouders het minnelijk regelen de Ondernemingskamer een deskundige kan benoemen⁴⁷⁷ en het het navolgende dus betrekking heeft op situaties waarin betrokkenen er juist niet uitkomen.

Het doorschuiven van waarde- en prijsbepaling lijkt wat betreft het ‘aandeelhouderschap hangende de uitkomst van de procedure’ enigszins op de situatie die ontstaat door de wijzigingen van de wettelijke geschillenregeling per 1 oktober 2012. Het vonnis waarin de gevorderde uitstoting wordt toegewezen kan

⁴⁷³ Zie voor de gedachte dat enquêteprocedure niet goed is toegerust voor inquisitoire enquêtes HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107, concl. A-G Timmerman onder 6.8 (*KPNQwest*).

⁴⁷⁴ Ook Bulten 2011, p. 353.

⁴⁷⁵ Willems 2011/2, p. 169 e.v. Concl. Timmerman bij HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 (*Laurus*) en bij HR 14 september 2007, ARO 2007, 154 (*Tele2 Finance*), onder 3 e.v. Vgl. ook OK 1 augustus 2005, ARO 2005, 148 (*Dyna Music*) waarin de Ondernemingskamer refereert aan betekenis voldragen processueel debat op basis van verslag van onderzoek.

⁴⁷⁶ Eikelboom 2011/1, p. 291 e.v.

⁴⁷⁷ Geerts 2004/1, p. 74.

uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard (zie artikel 2:341 lid 1 BW) en de aandelen moeten dan binnen twee weken nadat het vonnis is betekend worden geleverd. De eisende partij is daardoor al volledig aandeelhouder ‘hangende’ een eventueel bij de Ondernemingskamer ingesteld hoger beroep ex artikel 2:336 lid 3 BW en de uitkomsten daarvan.

Principieel is er tegen dit ‘doorschuiven’ kennelijk dus geen doorlaggevend bezwaar. Tegelijk somt Willems in zijn bijdrage *‘Uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Verhouding met het enquêterecht’* in het al gememoreerde preadvies van de Vereniging Handelsrecht uit 2011, *‘De nieuwe geschillenregeling’*, een waslijst aan bezwaren op tegen dat ‘hangende aandeelhouderschap’ die de schrik om het hart doet slaan en waaraan in de Memorie van Toelichting te weinig aandacht is besteed.⁴⁷⁸

Kort samengevat komt die waslijst neer op het volgende. Vernietiging van een vonnis of arrest houdt in dat de uitspraak rechtens niet heeft bestaan maar tegelijk onduidelijk is welke gevolgen daaraan verbonden zijn en wat het effect is op handelingen die wel hebben plaats gevonden; de overdragende aandeelhouder blijkt steeds aandeelhouder te zijn gebleven; onduidelijk is hoe het zit als de laatste schade heeft geleden; gevolgen moeten tussen de aandeelhouders/procespartijen onderling worden geregeld; geschillen kunnen ontstaan over wat ongedaanmaking inhoudt; de vraag is welke rechter bevoegd is; wat als aandelen intussen aan een derde zijn overgedragen; hoe moet met waardevermindering of vermeerdering en een restitutierisico worden omgegaan.

Theoretisch geldt, even voorbijgaand aan deze bezwaren, dat zou via de weg van artikel 2:349a leden 2 en 3 BW beroep op de Ondernemingskamer worden gedaan tot het bij wijze van onmiddellijke voorziening realiseren van gedwongen uitstoting (i.c. tijdelijke overdracht ten titel van beheer als onmiddellijke voorziening, dus niet als artikel 2:356 sub e BW voorziening)⁴⁷⁹ dan zouden op dezelfde wijze en met een vergelijkbare argumentatie als in het *Baremans/Muijs*-vonnis waarde- en prijsbepaling door de Ondernemingskamer naar de toekomst kunnen worden doorgeschoven, ‘hangende’ de uitkomst van het door de onderzoeker te verrichten onderzoek en van de geschillenprocedure.⁴⁸⁰

Bijzonder is dat de Ondernemingskamer dan eerst te oordelen zou hebben of sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen en vervolgens of aan de criteria van artikel 2:349a leden 2 en 3 BW is voldaan, waarna de uitstotingsvordering (tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer als

⁴⁷⁸ Willems 2011/2, p. 160-166.

⁴⁷⁹ Eikelboom 2011/1, p. 291 e.v., Willems 2011/2, p. 172 onder 7.

⁴⁸⁰ Vgl. concl. A-G Timmerman onder 3.68 bij HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105 (*DSM*), ook Bartman & Holtzer 2010, p. 85.

onmiddellijke voorziening, dus niet als artikel 2:356 sub e BW voorziening) bij wijze van onmiddellijke voorziening zou moeten worden toegewezen en het oordeel over de definitieve uitstoting, de waarde en prijsbepaling vervolgens voorliggen aan de ter zake van vorderingen ex artikel 2:336 BW ten gronde bevoegde rechter.

Er zijn dan drie mogelijkheden.

Eerste mogelijkheid is dat dan zolang het geding voor de Ondernemingskamer, gelet op het tijdelijke karakter van de onmiddellijke voorzieningen volgens 2:349a lid 2 BW, zou moeten worden aangehouden.⁴⁸¹ Bulten haalt OK 8 oktober 1998, JOR 1998, 166 en en Rb. Amsterdam 28 maart 2001, JOR 2001, 110 (*Hoffmann*) aan als voorbeeld van een zaak waarin de Ondernemingskamer de tijdelijke overdracht verlengde waarna de Rechtbank Amsterdam deze definitief maakte.⁴⁸² Als dit kunstje niet vaker tot de mogelijkheden zou kunnen behoren zou er op dit punt een wetwijziging moeten komen gelet op het arrest van de Hoge Raad van 23 maart 2012, NJ 2012, 393, concl. A-G Timmerman, nt. Van Schilfgaarde (*e-Traction*). Daarin overweegt de Hoge Raad onder r.o. 4.1.5:

‘De in art. 2:349a lid 2 en 2:355 lid 3 BW bedoelde onmiddellijke voorzieningen worden, blijkens eerstgenoemde bepaling, gegeven voor ten hoogste de duur van het geding. Met het geding wordt in dit verband bedoeld de enquêteprocedure. Die procedure eindigt, voor zover hier van belang, met het onherroepelijk worden van de beschikking op het verzoek als bedoeld in art. 2:355 lid 1 BW dan wel, ingeval tijdelijke voorzieningen als genoemd in art. 2:356, aanhef en onder c, d en e, BW zijn getroffen die later eindigen dan het tijdstip waarop de zojuist genoemde beschikking onherroepelijk wordt, bij het eindigen van die voorzieningen. Nadat de enquêteprocedure is geëindigd, kunnen geen onmiddellijke voorzieningen meer worden getroffen.’

Het arrest betekent – de tweede mogelijkheid – dat de verzoekende aandeelhouder – er vanuit gaande dat op basis van de bestaande impasse of verstoorde verhoudingen sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen – zou moeten vragen om onmiddellijke en tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer bij wijze van onmiddellijke voorziening, waarna, indien vervolgens uit door de Ondernemingskamer te benoemen onderzoeker verricht onderzoek ook wanbeleid van de rechtspersoon is komen vast te staan, de voorzie-

⁴⁸¹ Vgl. Veenstra 2011, p. 138/139. HR 23 maart 2012, NJ 2012, 393, concl. A-G Timmerman, nt. Van Schilfgaarde (*e-Traction*).

⁴⁸² Vgl. Veenstra 2011, p. 138/139. Bulten 2011/1, p. 316.

ning van artikel 2:356 sub e BW (tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer als definitieve voorziening) kan worden getroffen.⁴⁸³

De derde mogelijkheid is Eikelboom te volgen in zijn conclusie in Ondernemingsrecht van juli 2011 waarin hij met beroep op de wetsgeschiedenis en op jurisprudentie van Ondernemingskamer en Hoge Raad een heel andere invulling geeft aan het begrip ‘tijdelijk’ als bedoeld in ‘tijdelijke overdracht ten titel van beheer’ dan daar zo op het eerste gezicht uit lijkt voort te vloeien.⁴⁸⁴ Tijdelijk is dan niet tijdelijk maar mogelijk definitief.

De derde variant is interessant. De eerste twee varianten zijn omslachtig maar laten wel een principiële mogelijkheid zien. Zij betreffen een mogelijkheid die door wetwijziging dan wel door efficiënt optreden van de door de Ondernemingskamer te benoemen onderzoeker en van de Ondernemingskamer zelf kan worden versneld. De praktijk laat zien dat het zolang niet hoeft te duren – zeker niet voor de door de Ondernemingskamer benoemde onderzoeker met de hem door de wet en de Ondernemingskamer toegekende bevoegdheid en taken, in combinatie met andere voorzieningen – om vast stellen dat verhoudingen dusdanig verstoord zijn dat sprake is van wanbeleid en naar welke variant (overname en voortzetting door de een of overname en voortzetting door de ander) de voorkeur uitgaat: nogal eens is het personeel daar heel duidelijk over. Niet dat dat doorslaggevend is, maar evenzo vaak is ook duidelijk wat er met de onderneming gebeurt als personeel wegloopt.

Zekerheid dat de geschillenprocedure daadwerkelijk wordt doorlopen is gelegen in het tijdelijke karakter van de overdracht van aandelen ten titel van beheer in de zin van ofwel artikel 2:349 lid 2 BW ofwel artikel 2:356 sub e BW. Wordt de procedure niet doorlopen dan vallen de aandelen terug aan de oorspronkelijke aandeelhouder, met alle consequenties van dien. Zekerheid door vestiging van een pandrecht te diens behoefte is daarnaast mogelijk als de overnemer zich daartoe bereid verklaart. Gaat het in de ogen van een der partijen in de geschillenprocedure voor de rechtbank dan alsnog mis, dan is het vervolgens diezelfde Ondernemingskamer die ex artikel 2:336 lid 3 BW in hoger beroep het vonnis van de rechtbank in de geschillenprocedure beoordeelt.

Het voorgaande laat bij elkaar zien dat de enerzijds de *Baremans/Muijs* benadering ook in een enquête-context potentie heeft. Het in de drie mogelijkheden geschetste vervolg is evenwel niet fraai, omdat het omslachtig is, te lang duurt⁴⁸⁵ en allerlei bedenkingen mogelijk zijn, waaronder die van Willems. Het versterkt de suggestie van Bulten – onder verwijzing naar nog al wat medestanders waar-

⁴⁸³ Vgl. Bulten 2011/1, p. 309.

⁴⁸⁴ Eikelboom 2011/1, p. 291 e.v., i.h.b. p. 292 rechterkolom.

⁴⁸⁵ Leijten & Nieuwe Weme 2012, p. 160.

onder Willems (in het preadvies uit 2011 nog eens door hem bevestigd)⁴⁸⁶ – om de gedwongen overdracht als voorziening op te nemen in het rijtje van artikel 2:356 BW⁴⁸⁷ (ook al meent Eikelboom dat dat niet per se nodig is).⁴⁸⁸

Zolang dat niet bij wet geregeld is laat het in combinatie met de *Harbour*-beschikking⁴⁸⁹, waarin de Ondernemingskamer het enquêterecht op grond van de artikelen 2:344 - 359 BW exclusief domein van de overheidsrechter noemt (paragraaf 4.4 komt hier nog op terug) zien dat het sterke aanbeveling verdient om de suggestie van artikel 2:337 lid 2 BW te volgen om bij statuten of overeenkomst te bepalen dat geschillen als onder afdeling 1 (de wettelijke geschillenregeling) bedoeld dadelijk ter kennis kunnen worden gebracht van de Ondernemingskamer. Zowel het schaden van het belang van de vennootschap onder de wettelijke geschillenregeling als het schaden van het belang van de vennootschap onder het enquêterecht worden dan door één rechter, de Ondernemingskamer, beoordeeld. Het is een mogelijkheid om de boven geschetste problematiek te omzeilen. Als dat in de praktijk veel gaat gebeuren dan bevestigt dat de indruk van Willems dat de wettelijke geschillenregeling wel eens een stille dood zou kunnen sterven.⁴⁹⁰

Timmerman refereert in de conclusie bij het arrest onder randnummer 3.10 e.v. aan de samenhang tussen de wettelijke geschillenregeling en artikel 2:356 sub e BW. Hij schrijft daar dat uit de beperkte toelichting bij het artikel blijkt dat tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer bedoeld was om in geval van impasses door overdracht van aandelen ten titel van beheer aan een onafhankelijke derde te bewerkstelligen dat deze doorslaggevende stem kon uitoefenen waardoor de patstelling werd doorbroken en de vennootschap weer normaal kon functioneren.⁴⁹¹

Niet is dus gedacht aan de bovenomschreven samenhang van artikel 2:356 sub e BW en de wettelijke geschillenregeling. Dat lag ook minder voor de hand waar voor 1 oktober 2012 nog gold dat de geschillenprocedure naar de Hoge Raad en terug tien jaren in beslag kon nemen. Lastig om dan van een tijdelijke maatregel te spreken.

Wat in de kort geding uitspraak verder opvalt, is dat het geschil tussen Baremans en Muijs totaal uit de hand is gelopen. Het is als voorbeeld een bevestiging van de stelling dat de geschillenregeling geïsoleerd beschouwd per definitie te

⁴⁸⁶ Ook Willems 2011/2, p. 167.

⁴⁸⁷ Vgl. Bulten 2011/1, p. 318-326. Voor een overzicht van de literatuur en standpunten in deze wordt verwezen naar Bulten.

⁴⁸⁸ Ook Bartman & Holtzer 2010, p. 85.

⁴⁸⁹ OK 18 oktober 2012, ARO 2012, 151, JOR 2013, 8, nt. De Mol van Otterlo (*Harbour*).

⁴⁹⁰ Willems 2011/2, p. 172 onder 6.

⁴⁹¹ Bulten 2011/1, p. 307.

laat komt. Partijen kunnen kennelijk pas uit elkaar tegen de tijd dat ze elkaar ook persoonlijkheidsstoornissen toekennen en alle betrokkenen evident duidelijk is geworden dat er geen houden meer aan is. Het is ook een voorbeeld van een situatie waarin de Ondernemingskamer met rechtsreekse toepassing van een aangepast artikel 2:356 BW, waarin dan ook opgenomen de voorziening van de definitieve aandelenoverdracht, had kunnen doen wat haar taak is: zo snel mogelijk onder deugdelijke procedurele waarborgen een gezonde situatie binnen de vennootschap herstellen.

Voor dit boek geldt, gelet op het beperkte aantal uitspraken op het gebied van de wettelijke geschillenregeling sinds de invoering in 1989,⁴⁹² gelet op het feit dat het dus van rechtsontwikkeling amper is gekomen en gelet op de worsteling van voorzieningenrechters in kort geding met die geschillenregeling,⁴⁹³ dat het zaak is op zoek te gaan naar de verdere materiële nuances en lijnen binnen de te beschrijven samenhang. Zulks is noodzakelijk doordat aandeelhoudersconflicten en conflicten tussen vennoten zowel feitelijk als juridisch heel genuanceerd kunnen zijn en – zoals in de eerste alinea opgemerkt – elk belang relatief is, of het nu gaat om een joint venture tussen Philips en Grundig of om de samenwerking tussen bakkers om de hoek: goed ondernemingsrecht behoort ook ‘bakkerij B.V.-proof’ te zijn.

De restrictieve voorwaarden voor uitstoting wijzen, tot besluit van deze paragraaf, ook op een verschil in benadering met het personen- en familierecht, waar echtscheiding mogelijk is bij duurzame ontwrichting indien en zodra een der echtelieden die stelt.⁴⁹⁴ De vraag rijst of, en zo ja, waardoor dat verschil in be-

⁴⁹² MvT flex-B.V., TK 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 17, Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, p. 891.

⁴⁹³ Bulten 2011, p. 336-363.

⁴⁹⁴ Lenters 1993, p. 56-63: *‘Wat werd bedoeld met ‘duurzame ontwrichting’? De minister spreekt in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Herziening echtscheidingsrecht over een ondraaglijk geworden zijn van de voortzetting van de samenleving, zonder uitzicht op herstel van enigszins behoorlijke echtelijke verhoudingen (MvT bij Wetsvoorstel 10 213 p. 14). Het ontstaan ervan, de oorzaak van het mislukken van het huwelijk is niet van belang. De duurzame ontwrichting wordt gezien als een objectieve toestand waarvan de rechter het bestaan kan constateren. (...) De door een echtgenoot gedane bewering dat het huwelijk duurzaam is ontwricht, behoeft alleen dan onderzocht te worden door de rechter, wanneer deze wordt tegengesproken. (MvT bij Wetsvoorstel 10 213 p. 14). (...) Over de situatie dat de gestelde duurzame ontwrichting wordt tegengesproken zegt de minister: ‘De een acht de voortzetting van het huwelijk onbestaanbaar, de ander vindt de situatie niet ideaal maar wil het nog wel proberen. Zij beoordelen de feitelijke situatie ieder verschillend. In hun individuele oordeel zijn subjectieve elementen aanwezig. Volhardt echter de een duurzaam in zijn mening, op welke gronden dan ook, en is voorts zijn gedraging in overeenstemming met zijn woorden, dan kan de realiteit van de breuk in het huwelijk niet duurzaam worden ontkend, ook niet door de rechter. Daar ligt het objectieve element.’ (...) ‘Men wilde juist af van de idee dat er een*

nadering gerechtvaardigd of genoodzaakt wordt en of niet mogelijk van een wat genuanceerder opschuiven bij beoordeling van ‘uitstotingsgevallen’ in het ondernemingsrecht naar het personen- en familierecht sprake is of zou kunnen zijn.

Evident is dat het bij echtscheiding gaat om ‘scheiding’ en bij uitstoting of uit-treding om ‘overname’. Maar rechtvaardigt dat ook het verschil in benadering? Zeker in de zich door persoonsgebonden samenwerking kenmerkende besloten verhoudingen (‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’, flex-B.V. en besloten coöperatie), zich dus nog onderscheidend van de B.V.’s en besloten N.V.’s waarop de wettelijke geschillenregeling volgens artikel 2:335 BW eigenlijk betrekking heeft⁴⁹⁵ (of-schoon dat bij invoering van de flex-regeling per 1 oktober 2012 door het vervallen van de blokkeringsregeling een accent anders is komen te liggen),⁴⁹⁶ en zeker waar ondernemingen en ondernemingsrecht wegens hun gelaagde karakter, meer dan huwelijken, mogelijkheden (zouden kunnen/moeten?) bieden om door interventie, zoals die in het belang van de vennootschap en/of de verbonden onderneming, maar ook in het belang van de aandeelhouders zelf, te komen tot het voorkomen van (verdergaande) ontwrichting en daaruit voortvloeiende schade voor vennootschap en aandeelhouder.

En tot conflictbeheersing dus.

3. Interventie en derogatie

3.1 Inleiding

In paragraaf 1.5 van dit hoofdstuk werd ingegaan op de lidmaatschapsverhouding en de betekenis van het er- en herkennen van de aard ervan voor het vaststellen van de inhoud van hetgeen waartoe de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie zijn betrokken zijn gehouden. Dit heeft een actieve kant: het veronderstelt bewustzijn ervan – ‘actieve reflectie’ – bij degenen die in die lidmaatschapsverhouding zijn betrokken.⁴⁹⁷ Dat vloeit reeds uit de gedragseisen van artikel 2:8 lid 1 BW voort. Het heeft ook een passieve kant: het veronderstelt de mogelijkheid van aangesproken kunnen worden, van correctie via open normen en begrippen binnen en buiten het enquêterecht.

recht op echtscheiding zou zijn als de andere echtgenoot zich op een bepaalde wijze heeft misdragen.’ Chin-A-Fat 2004, p. 12-15.

⁴⁹⁵ Bertrams 1999, p. 69.

⁴⁹⁶ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, p. 892.

⁴⁹⁷ Vgl. HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79 (*Zwagerman*) (hierboven al geciteerd): ‘zodat er reden is daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat.’

Vervolgens werd een eerste beschrijving gegeven van de gecompliceerde plaats en betekenis van de wettelijke geschillenregeling – geschreven voor besloten verhoudingen en te beschouwen als een gekwalificeerde en geformaliseerde vorm van opzegging – en de daarbij te plaatsen kanttekeningen. Voor het vervolg van dit boek is vooral relevant de vraag welke betekenis een ‘eenvoudiger’ vorm van opzegging tegen een eerder tijdstip zou kunnen hebben, mede vanuit het oogpunt van conflictbeheersing, als het al mogelijk is om rond opzegging in termen van eenvoud te spreken.

Wel duidelijk is dat opzegging van een relatie een scharnierfunctie heeft: opzegging beoogt een kanteling van ‘continuïteit’ naar ‘discontinuïteit’, van ‘strevings’ naar ‘verdeling’. Althans is de traditionele benadering. Opzegging zou ook iets anders kunnen markeren, namelijk een overgang van ‘besloten’ naar ‘open’: van persoonsgebondenheid naar vrije overdraagbaarheid, van betrokkenheid naar beleggingsfunctie. Dat betekent dat opzegging rechtsgevolg heeft, en zonder dat meteen van ontbinding sprake is.

Opzegging als rechtshandeling veronderstelt hierbij niet alleen dat zij rechtsgevolg heeft, maar ook dat zij – als rechtshandeling – toetsbaar is. Opzegging zonder dat de opzegging tenminste enig rechtsgevolg heeft, is zinledig. Het is dan alleen een mededeling dat aan de ‘affectio’ een einde is gekomen en verder niets. Als opzegging als rechtshandeling ook maar enig rechtsgevolg heeft dan veronderstelt datzelfde rechtsgevolg dat naar aanleiding van die opzegging op enigerlei wijze door rechter of arbiter kan worden ingegrepen, aan de kant van de opzegger zowel als aan de kant van de opgezegde, dan wel aan de kant van de rechtspersoon. Dit leidt dan weer naar de vraag naar de gronden voor dat ingrijpen, naar de aard van dat ingrijpen en naar de consequenties er van.

Dit ‘ingrijpen’ heeft een formele kant, die de vraag naar het type procedure betreft, en een materiële, die de vraag naar de mogelijkheid van (grondslag voor) het kunnen afwijken van die orde, en uiteindelijk het kunnen ‘derogeren’ aan die orde inhoudt. Het is in wezen simpel: of er is voldoende grondslag voor opzegging en dan sorteert de opzegging als rechtshandeling rechtsgevolg overeenkomstig de deelrechtsorde – bijvoorbeeld bij een contractueel bedongen opzegtermijn die keurig wordt nageleefd of bij een statutaire geschillenregeling met verbonden rechtsgevolgen waarvan de condities conform worden ingeroepen –, of juist in afwijking van die deelrechtsorde – bijvoorbeeld in het geval dat de rechter om redenen voorbij gaat aan de voor bepaalde termijn statutair uitgesloten overdraagbaarheid van aandelen en die overdacht toestaat –, ofwel die grondslag is er niet.

Desondanks, dan te stellen dat de scheidingsmelding geen consequenties heeft, althans geen feitelijke consequenties, zou in besloten verhoudingen te snel geconcludeerd zijn. Reden hiervoor is dat besloten verhoudingen zich kenmerken

door het persoonlijke karakter ervan. Daardoor zal de scheidingsmelding (of ermee gelijk te stellen gedrag) snel leiden tot het ontbreken van voor de samenwerking in de besloten verhouding noodzakelijk vertrouwen, hetgeen vroeg of laat consequenties zal hebben voor de onderlinge verhouding en/of voor de kwaliteit van het beleid.

Dit laatste is iets dat zich in een *Baremans/Muijs*-casus veel vroeger laat zien aankomen dan het moment waarop partijen/ex-echtelingen elkaar persoonlijkheidsstoornissen toedichten.

Zoals al opgemerkt is wettelijke hoofdregel bij personenvennootschappen dat opzegging leidt tot ontbinding en ontbreekt een vergelijkbare regel in Boek 2 BW. Aanleiding dus om na te gaan in hoeverre voor derogatie op deze uitgangspunten en voor ‘naar elkaar toeschuiven’ ruimte bestaat. Let wel: opzegging is ofschoon belangrijk thema, niet het enige thema binnen dit boek. Ook voor het overigens kunnen beschrijven van de samenhang tussen norm, belang en actie bij geschillen in besloten verhoudingen conform de vier doelstellingen van dit boek is het noodzakelijk op zoek te gaan naar de begrenzingen in en van het onderzoeksgebied.

3.2 *Derogatie*

In navolgende wordt daarom ingegaan op de verhouding tussen artikel 2:8 BW, de wettelijke geschillenregeling en het enquêterecht in hun derogerende betekenis. De conclusies worden vervolgens afgezet tegen de regelingen van de personenvennootschappen en de daarbinnen geldende open normen. Het gaat er immers ook om na te gaan of er met behulp van het thema een zekere intere samenhang te vinden is.

‘Derogeren’ heeft de algemene betekenis van ‘inbreuk maken op, afwijken’. Het begrip ‘derogerende werking’, het op basis van een bepaalde grondslag niet van toepassing zijn van een krachtens wet, gewoonte, statuten, reglement, contract of besluit geldende regel, is de verst strekkende vorm van afwijken. Het heeft voor juristen een zo voor de hand liggende betekenis⁴⁹⁸ dat gemakkelijk vergeeten wordt dat het in de betekenis van inbreuk maken of afwijken ook een algemenere strekking heeft. Zo geldt in meer algemene zin dat een rechter die afwijkt van wat een partij verwacht inzake de uitkomst van een procedure in wezen aan de aan de belangen van die partij gerelateerde verwachtingen derogeert. Dat afwijken kan bij een eindbeslissing, maar ook al eerder tijdens de procedure, ter gelegenheid van een comparitie of van een andere mondelinge behandeling, bijvoorbeeld in kort geding.

⁴⁹⁸ Zie hierover uitgebreid Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 410 e.v.

Willen afwijken door de rechter in een beslissing van wat partijen van een procedure (mogen) verwachten kan op gespannen voet staan met de veronderstelde lijdelijkheid van de rechter zoals neergelegd in artikel 149 lid 1 Rv:

‘tenzij uit de wet anders voortvloeit mag de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van deze afdeling (i.e. de negende afdeling inzake bewijs, P) zijn komen vast te staan. Feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat.’

Een rechter mag ook niet weigeren te beslissen, ofschoon zijn beslissing kan zijn dat voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW ontbreekt.⁴⁹⁹ Een mediator beslist juist niet. Hij mag zich vrijheid veroorloven en wordt ook verondersteld dat te doen, binnen de spelregels van de mediation. Mediation en oplossingsgericht bemiddelen of adviseren houden dan ook veel meer het ‘managen’ van de verwachtingen van partijen in dan het acteren op basis van de stellingen en vorderingen van partijen.⁵⁰⁰

Een rechter is geen mediator, maar dat een rechter bij een comparitie of een kort geding de verwachtingen van een partij al bemiddelend tempert en daar dus soms ook inbreuk op maakt, in aanmerking genomen de grenzen van artikel 149 Rv e.v., dan wel begrip kwekend bij een partij voor diens eigenlijke positie, kan voor het vinden van oplossingen, met name in gevallen dat dat geen uitstel kan lijden, belangrijk zijn. Dat geldt in het bijzonder bij geschillen in besloten verhoudingen, met name als het voortbestaan van de onderneming op het spel staat of een der partijen onomkeerbaar met lege handen komt te staan. De intussen in artikel 2:129/239 lid 5 BW opgenomen norm te handelen in het belang van de vennootschap en de verbonden onderneming kan ook een ‘leitmotiv’ zijn voor de bemiddelaar.

Zowel het type interventie (door rechter, arbiter, mediator, bindend adviseur, bemiddelaar), als de mogelijkheid en vorm van derogatie (uitleg, aanvulling, terzijde schuiven, vernietiging) zijn als fenomeen met het oog op het voorkómen van verdere ontwrichting, de beheersing er van en het in dat verband vinden van oplossingen in het belang van de vennootschap en de daarbij betrokkenen – misschien wel juist in de context van geschillen in besloten verhoudingen – van groot belang. Het is op dat punt ook dat waar de Hoge Raad aan arbiters de mo-

⁴⁹⁹ Artikel 26 Rv.

⁵⁰⁰ Kamminga & Vlaardingerbroek 2012.

gelijkheid ontzegt om bij geschillen in besloten verhoudingen op verzoek van partijen besluiten te vernietigen omdat dat niet ter vrijer beschikking van partijen staat,⁵⁰¹ dat vanuit het perspectief van conflictbeheersing beschouwd dramatisch is. Daarmee staan aan de arbiter in voorkomende gevallen eenvoudig niet alle instrumenten voor correctie ter beschikking, terwijl partijen, naar mag worden aangenomen, daar juist wel bewust voor gekozen hadden.

Gelukkig bestaat als daarbij voldoende belang en bevoegdheid bestaat, en als aan de overige voorwaarden is voldaan, voor het verkrijgen van onmiddellijke voorzieningen de mogelijkheid van een beroep op artikel 2:349a lid 2 BW voor de Ondernemingskamer en kan in geval van geconstateerd wanbeleid als onderdeel van de in artikel 2:356 BW genoemde voorzieningen ook een besluit van orgaan van de rechtspersoon worden vernietigd of ontbinding van de rechtspersoon worden uitgesproken.⁵⁰²

Maar dat geldt dan niet voor personenvennootschappen.

In het navolgende wordt ingegaan op de formele verhouding tussen de belangrijkste open norm waaraan derogerende werking wordt toegekend, namelijk die van artikel 2:8 lid 2 BW, en de wettelijke geschillenregeling en de regeling van het enquêterecht, die ook derogerende werking hebben.⁵⁰³ Daarbij wordt ook het fenomeen van de duurzame ontwrichting betrokken omdat dat ook een zekere derogerende werking heeft, al was het maar omdat duurzame ontwrichting van samenwerking niet anders betekent dan dat onherstelbare inbreuk wordt gemaakt op de aanvankelijke uitgangspunten er van.⁵⁰⁴ Deze laatste gedachte wordt hierna in paragraaf 3.5 verder toegelicht.

De materiële betekenis van artikel 2:8 lid 1 BW komt in hoofdstuk 2, paragraaf 2.4 en in hoofdstuk 3 aan de orde.

⁵⁰¹ HR 10 november 2006, NJ 2007, 561, concl. A-G Timmerman, nt. Snijders (*Groenselect*) en HR 26 november 2010, NJ 2011, 55 concl. A-G Timmerman, nt. Van Schilfgaarde (*Silver Lining*).

⁵⁰² OK 18 oktober 2012, ARO 2012, 151, JOR 2013, 8, nt. De Mol van Otterlo (*Harbour*). Vgl. Hof Amsterdam 7 november 1996, KG 1997, 3 (*Gaus/Dijkshoorn*): 'dat de Ondernemingskamer in de enquêteprocedure een gespecialiseerd college is dat, in procedures waarin wordt gevraagd een enquête in te stellen, volgens bepaalde beleidsregels te werk gaat, met inschakeling van de specifieke deskundigheid van de raden.'

⁵⁰³ Concl. A-G Timmerman onder 2.11 bij HR 14 september 2007, ARO 2007, 155 (*Versatel*).

⁵⁰⁴ Vgl. OK 16 juli 2007, ARO 2007, 122 (*Technoton*): 'geen andere gevolgtrekking dan dat de verhoudingen tussen Kalemci en Özgür Holding volledig zijn ontwricht en dat gebleken is dat zij niet meer in staat zijn zich jegens elkander te gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.'

In het navolgende wordt naast Boek 2 BW-recht ook personenvennootschapsrecht betrokken.

Het gaat in het vervolg van dit hoofdstuk nog steeds om een beschrijving van de achtergrond – het onderzoeksgebied – waartegen de probleemstelling van dit boek speelt.

3.3 *Artikel 2:8 lid 1 BW, wettelijke geschillenregeling en enquêterecht: formeel*

Open normen en begrippen verlenen aan de rechtspersonen van Boek 2 BW spankracht en aan de rechter of arbiter – zoals hierboven al opgemerkt – de principiële mogelijkheid (met voor arbiters de beperking van het niet kunnen vernietigen van besluiten en in aanmerking genomen de exclusieve rechtsmacht van de Ondernemingskamer als aan de orde in de boven in paragraaf 2.7 al aangehaalde en in paragraaf 4.4 nog uit te werken *Harbour*-beschikking)⁵⁰⁵ om met alle mogelijke rechtsverhoudingen in alle mogelijke stadia van ontwikkeling daarin rekening te houden, en met alle daarbij betrokken belangen, mits daartoe voldoende is gesteld, aannemelijk gemaakt of bewezen.

Voor de betekenis van de normen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 BW is in dit verband relevant artikel 3:12 BW dat bepaalt – het zij herhaald omwille van de iets andere invalshoek die hier aan de orde is:

‘Bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.’

Die rechtsbeginselen en -overtuigingen zijn bij en voor bedoelde spankracht, zowel bij de toepassing van artikel 2:8 BW, de wettelijke geschillenregeling als het enquêterecht, evenzeer van belang – daarop wordt nog teruggekomen. Zij vormen ook de reden dat in dit boek ook het ingetrokken Ontwerp Titel 7.13 BW wordt betrokken.⁵⁰⁶

Wat betreft de onderlinge verhouding tussen de aangehaalde regelingen is van belang te realiseren dat de wettelijke geschillenregeling een bijzondere toepas-

⁵⁰⁵ Vgl. HR 10 november 2006, NJ 2007, 561, concl. A-G Timmerman, nt. Snijders (*Groenselect*) en HR 26 november 2010, NJ 2011, 55 concl. A-G Timmerman, nt. Van Schilfgaarde (*Silver Lining*), OK 18 oktober 2012, ARO 2012, 151, JOR 2013, 8, nt. De Mol van Otterlo (*Harbour*).

⁵⁰⁶ Vgl. themanummers: ‘*Het wetsvoorstel titel 7.13 (personenvennootschap)*’, TvOB 2011-2 en ‘*De toekomst van de personenvennootschap*’ Ondernemingsrecht 2012-6: Kroeze, p. 223/224.

sing en uitwerking is van de normen van redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 lid 1 BW. In het verlengde van de wettelijke geschillenregeling ligt dan het enquêterecht, dat toepasselijk is in gevallen waar een gekwalificeerde impasse in de verhouding tussen aandeelhouders de vennootschappelijke besluitvorming zowel in intern als in extern opzicht lam legt, dus:

*‘effectieve besluitvorming over de door de vennootschap te volgen koers onmogelijk is geworden’*⁵⁰⁷

of in gevallen van verstoorde verhoudingen waarin:

*‘de vennootschapsrechtelijke verhoudingen ernstig op de proef worden gesteld en dat een bedreiging vormt voor de continuïteit van de door de vennootschap gedreven onderneming’*⁵⁰⁸

en daardoor aan de eisen van artikel 2:350 lid 1 BW is voldaan:

‘de Ondernemingskamer wijst het verzoek (tot enquête) slechts toe, wanneer sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.’

Hierbij dient uitgangspunt te zijn, zoals Bulten schrijft,⁵⁰⁹ dat de wettelijke geschillenregeling in evenwichtige verhouding moet staan tot de bescherming van minderheidsaandeelhouders.⁵¹⁰ Niet iedere situatie waarin een minderheidsaandeelhouder zich bij een besluit van de meerderheidsaandeelhouder dient neer te leggen, dient te leiden tot toewijzing van een vordering tot uittreding door die minderheidsaandeelhouder.

Ook overigens zal de wettelijke geschillenregeling (uitstoting of uittreding) in evenwichtige verhouding moeten staan tot andere instrumenten, acties en be-

⁵⁰⁷ Zie OK 20 april 1989, NJ 1991, 205, nt. Raaijmakers, AA 1989, 850 (*Best Golf & Country*), HR 9 juli 1990, NJ 1991, 51 en de daaropvolgende beschikking van de Ondernemingskamer van 24 januari 1991, NJ 1991, 224, nt. Raaijmakers, AA 1991, 83 (*Sluis B.V.*), OK 18 januari 2006, ARO 2006, 29 (*Daidalos*), r.o. 3.5, OK 28 december 2005, ARO 2006, 8 (*Noord*), OK 6 januari 2006, ARO 2006, 13 (*Mondoor Beheer*), OK 31 januari 2006, ARO 2006, 41 en ARO 2006, 57 (*Pondac Products*), OK 12 juli 2006, ARO 2006, 131 (*B&M*), OK 26 juli 2006, ARO 2006, 142 (*K&H*), OK 26 juli 2006, ARO 2006, 144 (*Areto*), 10 oktober 2006, ARO 2006, 169 (*Pondac Products*), OK 24 november 2006, ARO 2006, 193 en HR 12 oktober 2007, ARO 2007, 164 (*Masselink*), OK 18 december 2006, ARO 2007, 2 (*Cartoco*), OK 21 juni 2007, ARO 2007, 101 (*Hadenta*), OK 16 juli 2007, ARO 2007, 122 (*Technoton*), OK 6 december 2007, ARO 2007, 192 (*Traffic IT*), OK 12 februari 2008, ARO 2008, 44 (*Gul en Albers*).

⁵⁰⁸ OK 28 juni 2006, ARO 2006, 114 (*VVVH*), OK 13 maart 2008, ARO 2008, 58 (*Transportbedrijf De Boer*).

⁵⁰⁹ Bulten 2011/2, p. 9.

⁵¹⁰ Hof Den Bosch 19 september 2006, JOR 2007, 1 (*Cab Truck Trading B.V./Sfida Logistica B.V. c.s.*).

trokken belangen, zoals die in relatie tot het voorkomen of vergoeden van schade. Aan de andere kant dient ook oog te bestaan voor samenwerkingsrelaties waar het ‘willen’ (de ‘affectio’) net zo essentieel is als in een huwelijk en aan het ontbreken daarvan – de duurzame ontwrichting – mogelijk vergelijkbare of al eerder consequenties kunnen worden verbonden. Niet iedere minderheidsaandeelhouder, ook, is tevens bestuurder of staat in een samenwerkingsrelatie tot zijn mede aandeelhouder(s). Ook hier is aandacht voor de nuance noodzakelijk.

De artikelen 6:2 lid 1 en 2:8 lid 1 BW hebben een breder bereik dan de wettelijke geschillenregeling en het enquêterecht, en een laagdrempeliger toegang dan beide andere instrumenten. Anders gezegd: de eis van een zeker belang als voorwaarde voor de actie is in geval van artikel 2:8 lid 1 BW minder scherp geformuleerd. Naast dat voor de wettelijke geschillenregeling voldaan moet zijn aan de door de artikelen 2:336 en 343 BW en voor het enquêterecht aan de in artikel 2:345 BW gestelde formele criteria doet het enkele feit dat gehandeld wordt in strijd met de redelijkheid en billijkheid de wettelijke geschillenregeling nog niet van toepassing zijn.⁵¹¹

Het enkele feit dat vervolgens sprake is van een zodanige impasse in de verhouding tussen aandeelhouders dat de wettelijke geschillenregeling kan worden toegepast, rechtvaardigt een enquêteprocedure nog niet.⁵¹² Ook het enkele feit dat sprake is van (ernstige) geschillen,⁵¹³ of het enkele feit dat sprake is van een impasse doet dat niet,⁵¹⁴ zelfs niet als de verhoudingen ernstig verstoord zijn.⁵¹⁵ Om ontvankelijk verklaard te worden moet een gegronde reden bestaan om aan een juist beleid te twijfelen – ook een enkele gedraging kan als zodanig kwalificeren.⁵¹⁶ Beginnende geschilssituaties maar soms ook ernstige conflicten, als

⁵¹¹ Rb. Den Haag 23 mei 2012, JOR 2012, 246, nt. Bulten (*Emba*).

⁵¹² OK 27 mei 1999, JOR 1999, 121, nt. Prinsen (*Gucci III*), OK 2 augustus 2005, ARO 2005, 155 (*Denkers TNG*).

⁵¹³ OK 20 januari 2004, ARO 2004, 19 (*Oceanmotive*), OK 9 april 2004, ARO 2004, 53 (*Rotomat*), OK 19 januari 2004, ARO 2004, 22 (*VA Holding*), OK 13 juli 2006, ARO 2006, 133 (*Audilux*), r.o. 3.6., OK 8 augustus 2006, ARO 2006, 150 (*Raad*), OK 24 mei 2007, ARO 2007, 83 (*KBK Beheer*), OK 29 juni 2007, ARO 2007, 103 (*2H Media*), OK 19 februari 2008, ARO 2008, 48 (*Ambaflex*), OK 17 juni 2008, ARO 2008, 109 (*KPN Narrowcasting*), OK 26 maart 2010, ARO 2010, 53 (*Rickley*), OK 23 juni 2010, ARO 2010, 101 (*Fast Start*), OK 16 juli 2010, ARO 2010, 112 (*Boon*).

⁵¹⁴ OK 16 juni 2009, ARO 2009, 104 (*Channel*), OK 21 januari 2010, ARO 2010, 31 (*RSB Advocaten*).

⁵¹⁵ OK 2 december 2002, JOR 2003, 38 (*Artemis/Intersong*), OK 22 april 2003, ARO 2003, 73 (*Wehberg Holding*), OK 7 juli 2003, ARO 2003, 114 (*Johema*), OK 28 november 2003, ARO 2003, 184 (*Best Advice Financiële Dienstverlening*), OK 30 december 2003, ARO 2004, 4 (*NCAM*), OK 25 mei 2005, ARO 2005, 85 (*Audilux*), OK 5 november 2007, ARO 2007, 172 (*FHP*), OK 23 maart 2010, ARO 2010, 52 (*Fairmount*).

⁵¹⁶ OK 23 februari 2005, ARO 2005, 32 (*Avantech Europe*), OK 28 november 2007, ARO 2007, 193 (*Carbophy*).

desondanks geen gegronde reden bestaat om aan een juist beleid te twijfelen, zijn onvoldoende.⁵¹⁷

Het enquêterecht heeft – zoals al opgemerkt – ook andere doelstellingen dan de wettelijke geschillenregeling,⁵¹⁸ zij het dat wel sprake is van overlap,⁵¹⁹ alleen al vanwege de centrale rol van de eis van ‘het schaden van het belang van de vennootschap’ zoals geformuleerd in artikel 2:336 BW en de funeste invloed van impasse-situaties en verstoorde verhoudingen op het beleid en de gang van zaken in de vennootschap. Soms is daarom sprake van samenloop van enquête en geschillenregeling.⁵²⁰

De zwaarte van de procedure⁵²¹ en de daarin te treffen voorzieningen – dus de mogelijkheden voor interventie en derogatie⁵²² – zijn aldus gerelateerd aan de ernst van de betrokken feiten,⁵²³ de positie van de betrokken belanghebbenden en de aard van de betrokken belangen,⁵²⁴ zij het dat in de wettelijke uitstotingsregeling het uiteindelijke doel gelegen is in de versterking van de positie van de uitstotende aandeelhouder mede in relatie tot de beëindiging van de schade aan het belang van de vennootschap door de uitgestoten aandeelhouder, en in het enquêterecht het belang van de rechtspersoon als zodanig centraal staat. Het een sluit – zoals opgemerkt – het ander niet uit. Ook een enkele gedraging kan daarbij wanbeleid opleveren, mits ernstig genoeg,⁵²⁵ ofschoon niet als voorwaarde wordt gesteld dat de enkele gedraging tot zeer nadelige gevolgen voor de onderneming moet hebben geleid.⁵²⁶

⁵¹⁷ OK 17 april 2003, ARO 2003, 107 (*El 3 Groep*), OK 13 juli 2006, ARO 2006, 133 (*Audilux*), r.o. 3.6, OK 2 augustus 2006, ARO 2006, 147 (*The Mansion*).

⁵¹⁸ MvT Invoering geschillenregeling, TK 1984-1985, 18 905, nrs. 1-3, p. 8. Vgl. OK 10 januari 2002, ARO 2002, 8 (*In Venture Capital/Elenses B.V.*), OK 28 februari 2005, ARO 2005, 34 (*Dodo*).

⁵¹⁹ MvT Invoering geschillenregeling, TK 1984-1985, 18 905, nrs. 1-3, p. 9, Slagter 1976, p. 117, Bertrams 1999, p. 68.

⁵²⁰ Geerts 2004/1, 73 e.v., De Kluiver 2006, p. 48/49 als het gaat om noodzaakfinanciering, Schouten 2009, p. 528 e.v., Bulten 2011/1, p. 306 e.v., i.h.b. p. 312/313, Willems 2011/2, p. 169. OK 29 augustus 2002, ARO 2002, 151 (*Case Packing Sales Europe*), OK 28 februari 2005, ARO 2005, 34 (*Dodo*), OK 25 mei 2005, ARO 2005, 84 (*Florimarx*), OK 26 juli 2006, ARO 2006, 142 (*K&H*), OK 22 november 2012, ARO 2012, 163 (*VLVDL*).

⁵²¹ MvT Invoering geschillenregeling, TK 1984-1985, 18 905, nrs. 1-3, p. 7.

⁵²² Geerts 2009, p. 198 n.a.v. HR 14 december 2007, NJ 2007, 611 (*Versatel II*).

⁵²³ OK 11 juli 2003, ARO 2003, 126 (*Pimco*), r.o. 3.7.

⁵²⁴ HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers, AA 1997, 4, nr. 6 (*Lampe/-Videoworks*).

⁵²⁵ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 465/466 (*Ogem*), HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671, nt. Maeijer (*Text Lite*), HR 21 februari 2003, ARO 2003, 39 (*Viba*).

⁵²⁶ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 465/466 (*Ogem*), concl. A-G Wesseling-Van Gent sub 3.92 bij HR 18 april 2003, ARO 2003, 80 (*RNA*).

Het enquêterecht laat hiermee het soort van genuanceerde proportionaliteit zien waar hierboven ook al op gewezen werd. De vraag is of dat bij de wettelijke geschillenregeling, althans de uitstotingsregeling ook voldoende het geval is.

Het enquêterecht heeft zich – althans wat betreft N.V en B.V. – ontwikkeld van een instrument voor aandeelhouders van ter beurse genoteerde ondernemingen om informatie over de gang van zaken in de vennootschap te vergaren,⁵²⁷ via het al aangehaalde arrest inzake *Sluis B.V.*⁵²⁸ en via de mogelijkheid van het treffen van onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in artikel 2:349a lid 2 BW,⁵²⁹ tot een faciliteit voor aandeelhouders en andere economisch gerechtigden die ook is gaan inhouden de mogelijkheid om de Ondernemingskamer als bedrijvendokter⁵³⁰ in te schakelen bij geschillen in besloten verhoudingen.⁵³¹

Die dokter kan onder strikte door de Hoge Raad onder meer⁵³² in het arrest in zake *Inter Access Groep*⁵³³ geformuleerde voorwaarden door het treffen van onmiddellijke voorzieningen diep snijden – maatregelen van reorganisatorische aard treffen.⁵³⁴ Hij kan dat zelfs als gevolgen onomkeerbaar zijn mits maar – als belangrijkste voorwaarden – naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer sprake is van ‘gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen’,⁵³⁵ mits ‘in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek vereist’,⁵³⁶ mits niet ambtshalve of na de enquêteprocedure,⁵³⁷ mits

⁵²⁷ Geerts 2004/1, p. 1 e.v., Berendsen & Westenbroek 2008, Rapport Kools/Kroeze 2009, p. 14, Van Solinge 2010, p. 2 e.v., Klaassen 2010/2, p. 106 e.v., concl. A-G Wesseling-Van Gent sub 2.40 bij HR 6 juni 2003, ARO 2003, 97 (*Scheipar*). OK 30 oktober 2003, ARO 2003, 174 (*Landis*), concl. A-G Timmerman bij HR 18 november 2005, ARO 2005, 197, NJ 2006, 173 (*Unilever*), Klein Wassink 2012, p. 30 e.v., HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107, concl. A-G Timmerman (*KPNQwest*).

⁵²⁸ HR 9 juli 1990, NJ 1991, 51 (*Sluis B.V.*).

⁵²⁹ Josephus Jitta 2003, Olden 2003, Geerts, 2004, p. 324, Rapport Kools/Kroeze 2009, p. 17, Verbrugh & Timmerman 2009, p. 146 e.v.

⁵³⁰ Met ‘vennootschappelijke aspirine zowel als zwaar medicijn’, Willems 2000, p. 45.

⁵³¹ Vgl. ook brief min. v. just. inzake ‘Modernisering van het ondernemingsrecht’, TK, 2007-2008, 29 752, nr. 5, p. 3. Leijten & Nieuwe Weme 2012.

⁵³² Concl. A-G Timmerman onder 3.69-72 bij HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105 (*DSM*), die verwijst naar HR 27 september 2000, NJ 2000, 653 (*Gucci*), HR 18 november 2005, NJ 2006, 173, concl. A-G Timmerman (*Unilever*), HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 (*Laurus*), HR 30 maart 2007, NJ 2007, 293 (*Rebel*).

⁵³³ OK 31 december 2009, ARO 2010, 6 en HR 25 februari 2011, NJ 2011, 335 (*Inter Access Groep*). Vgl. OK 10 oktober 2006, ARO 2006, 169 (*Pondac Products*), HR 14 september 2007, ARO 2007, 155 (*Versatel*), OK 27 december 2007, ARO 2008, 6 (*SIM*), OK 29 mei 2009, ARO 2009, 84 (*Triple E*). Assink 2011, p. 203 e.v.

⁵³⁴ HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107, concl. A-G Timmerman (*KPNQwest*).

⁵³⁵ Artikel 2:350 lid 1 BW, OK 31 januari 2011, ARO 2011, 29 (*A&D*).

⁵³⁶ Artikel 2:349a lid 2 BW.

⁵³⁷ HR 23 maart 2012, NJ 2012, 393, concl. A-G Timmerman, nt. Van Schilfgaarde (*e-Trac-tion*).

niet sprake is van een zuiver vermogensrechtelijk geschil⁵³⁸ en mits deugdelijk gemotiveerd en onder billijke afweging van de belangen van partijen (zie nu artikel 2:349a lid 2 BW)⁵³⁹ en de noodzaak van deze voorziening voldoende is gebleken,⁵⁴⁰ voor de duur van het geding – dus tijdelijk.⁵⁴¹

Die onmiddellijke voorzieningen zijn in het systeem van de wet in de tijd gezien eigenlijk voorloper – een soort van tijdelijke noodmaatregelen (‘noodverband’) – op de volgens artikel 2:356 BW door de Ondernemingskamer te treffen definitieve voorzieningen zodra althans uit het verslag⁵⁴² van de door de Ondernemingskamer benoemde⁵⁴³ onderzoekers van wanbeleid van de rechtspersoon is gebleken. Desalniettemin geldt dat verslag niet als strikte voorwaarde voor het kunnen treffen van onmiddellijke voorzieningen en ook zonder dat dat verslag beschikbaar is, kunnen dus onmiddellijke voorzieningen, let wel: van niet limitatieve aard – mits deugdelijk gemotiveerd – onomkeerbare consequenties hebben.⁵⁴⁴

In het geval waarop het arrest inzake *Inter Access Groep* betrekking had, ging het om voorstellen tot herfinanciering van het al geruime tijd in financiële en organisatorische problemen verkerende Inter Access Groep door uitgifte van

⁵³⁸ OK 26 september 2005, ARO 2005, 181 (*AVAM-Holding*), HR 18 november 2005, ARO 2005, 197, NJ 2006, 173, concl. A-G Timmerman (*Unilever*), HR 6 juni 2011, JOR 2011, 282 (*Synpact Holding*), OK 21 december 2004, ARO 2004, 145 (*Unilever*), OK 12 juli 2006, ARO 2006, 131 (*B&M*) (over het grensgebied met joint venture afspraken), OK 13 september 2007, ARO 2007, 153 (*AMS-International*), OK 6 mei 2008, ARO 2008, 87 (*Van Lent Holding*), OK 30 juli 2008, ARO 2008, 130 (*ML*), OK 16 januari 2009, ARO 2009, 14 (*Vastgoed*), OK 15 januari 2010, ARO 2010, 22 (*EXIN Asia*), OK 23 juni 2010, ARO 2010, 101 (*Fast Start*), OK 16 juli 2010, ARO 2010, 112 (*Boon*), OK 17 maart 2011, ARO 2011, 54 (*BGHB*), OK 1 april 2011, ARO 2011, 65 (*Chameleon*), OK 24 mei 2011, ARO 2011, 84 (*ODE Beheer*), OK 6 juni 2011, ARO 2011, 94 (*Synpact*), OK 22 mei 2012, ARO 2012, 80 (*CPS*), OK 14 juni 2012, ARO 2012, 98 (*RVDD*).

⁵³⁹ Leijten & Nieuwe Weme 2012, p. 145.

⁵⁴⁰ Veenstra 2011, p. 13 6 e.v. HR 19 oktober 2001, JOR 2002, 5 (*SkyGate*), OK 12 juni 2002, ARO 2002, 63 (*Inter Xion Holding*), OK 23 juli 2002, ARO 2002, 111 (*IMD*), OK 29 juli 2002, ARO 2002, 123 (*Sport en Racketcentrum Rottemeren*), HR 6 juni 2003, ARO 2003, 97 (*Scheipar*), HR 14 september 2007, ARO 2007, 155 (*Versatel*), HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105, concl. A-G Timmerman (*DSM*), OK 8 mei 2009, ARO 2009, 76 (*SEQ Nederland*), concl. A-G Timmerman onder 3.14 bij HR 16 april 2010, ARO 2010, 65 (*AHAM*), OK 31 januari 2011, ARO 2011, 29 (*A&D*), OK 3 oktober 2011, ARO 2011, 151 (*MEI*).

⁵⁴¹ OK 14 december 2007, ARO 2008, 2, HR 23 maart 2012, NJ 2012, 393, concl. A-G Timmerman, nt. Van Schilfgaarde (*e-Traction*).

⁵⁴² Artikel 2:355 lid 1 BW.

⁵⁴³ Artikel 2:345 lid 1 en 350 lid 1 BW.

⁵⁴⁴ Geerts 2009, p. 194, HR 19 oktober 2001, JOR 2002, 5 (*SkyGate*), HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105, nt. Maeijer (*DSM*), HR 25 februari 2011, NJ 2011, 335 (*Inter Access Groep*).

aandelen waarmee *contractueel* (N.B.!) uigesloten verwatering zou worden gepasseerd. Alternatief zou zijn het faillissement van de vennootschap en dat zeventienhonderd personeelsleden op straat zouden komen te staan.⁵⁴⁵ Die contractueel uigesloten verwatering werd door een onmiddellijke voorziening door de Ondernemingskamer neerkomende op het machtigen van het bestuur tot de uitgifte van aandelen geëcarteerd. Die machtiging zou met alleen de voorzieningen van artikel 2:356 BW niet mogelijk zijn geweest. Aandacht verdient wel dat alle partijen meenden dat het treffen van onmiddellijke voorzieningen geboden was en dat dat geen uitstel gedoogde. Ze verschilden alleen van mening welke voorzieningen dienden te worden getroffen.

Het enquêterecht heeft hiermee als bijzondere ‘geschillenregeling’ onder strikte voorwaarden – waaronder die van proportionaliteit – een vergaande ‘derogerende werking’. Het gaat daarbij om toetsing van gedrag aan de eisen die verantwoord ondernemerschap (elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap) stelt, maar eigenlijk gaat het om meer: het gaat ook – zo laat de uitgebreide jurisprudentie van de Ondernemingskamer op het vlak van belangenvermenging zien – om goede verhoudingen binnen de ondernemer, de rechtspersoon. Om ingrijpen in de verhoudingen tussen aandeelhouders onderling en tussen aandeelhouders en bestuur(ders). Derogerende werking heeft tegelijk ook de wettelijke geschillenregeling als – in de regel – althans aan de bekende restrictieve eisen is voldaan, en derogerende werking heeft in uitzonderingssituaties ook het kort geding⁵⁴⁶ onder en naar analogie van de wettelijke geschillenregeling.

De vraag is of de mogelijkheden van wettelijke geschillenregeling, kort geding en enquête niet een stukje ‘terug uit’ kunnen worden gelegd. Dat is althans de richting waarin de uitspraak van de Voorzieningenrechter inzake *Baremans/Muijs* lijkt te wijzen.

Duidelijk is dat in oorsprong ‘institutioneel’ opgezet enquêterecht ‘in verband met de toestand van de rechtspersoon’⁵⁴⁷ diep kan ingrijpen in een besloten ledenverhouding. Het lijkt er, kennis nemende van de ARO jurisprudentie, langs de lijn van de proportionaliteit beschouwd op dat als de nood maar hoog en de belangen maar groot genoeg zijn, in het belang van de rechtspersoon qua ondernemingsrechtelijk beschikbaar instrumentarium (het operatiegerei) alles – NB: als ordemaatregel – wel kan mits, en dat is belangrijk, in het perspectief van de

⁵⁴⁵ Willems 2011/2, p. 172. Vgl. OK 4 september 2003, ARO 2003, 136 (*Fletcher Hotel*), r.o. 3.1, OK 11 april 2007, ARO 2007, 70 (*Prins Holding*), OK 25 mei 2011, ARO 2011, 85 (*Rhodes*).

⁵⁴⁶ De Kluiver 2006, p. 44. Nt. Bulten bij Hof Den Haag 31 januari 2006, JOR 2006, 175 (*Konsensus*).

⁵⁴⁷ Artikel 2:349a lid 2 BW.

doelstellingen van het enquêterecht⁵⁴⁸ en uiteindelijk als het onderzoek is afgerond uitlopend op een van de in artikel 2:356 BW limitatief opgesomde voorzieningen.⁵⁴⁹

Het grote verschil is dat ‘institutioneel’ opgezet enquêterecht zich in de praktijk als instrument tot interventie en derogatie in besloten verhoudingen in de loop der tijd sterk ontwikkeld heeft, terwijl de wettelijke geschillenregeling qua rechtsontwikkeling – ook in relatie tot andere instrumenten – stil staat, althans van de invoering in 1989 tot 1 oktober 2012 heeft stil gestaan.

3.4 Derogerende werking: artikelen 2:8 lid 2, 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW

De analogie van het diepgaand ingrijpen in de kwestie van het arrest inzake *Inter Access Groep* met de derogerende werking van de artikelen 2:8 lid 2 en 6:248 lid 2 BW⁵⁵⁰ ligt – ook door het beroep dat Inter Acces Groep en Rapar deden op artikel 6:258 BW – voor de hand.⁵⁵¹ Artikel 2:8 lid 2 BW bepaalt in de context van het rechtspersonenrecht:

*‘Een tussen hen (de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie zijn betrokken, toevoeging P) krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’*⁵⁵²

Artikel 6:2 lid 2 BW bepaalt voor het verbintenissenrecht in het algemeen:

‘Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’

⁵⁴⁸ HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107, concl. A-G Timmerman (*KPNQwest*).

⁵⁴⁹ HR 14 september 2007, ARO 2007, 155 (*Versatel*).

⁵⁵⁰ Schoordijk 1979, p. 21 e.v., m.n. p. 33, die daar met kracht betoogt dat aan de derogerende werking niet hoeft te worden toegekomen, Wiarda 1999, p. 95.

⁵⁵¹ Geerts 2009, 198/199, Eikelboom 2011/2, p. 489 e.v. OK 31 december 2009, ARO 2010, 6 (*Inter Access Groep*), r.o. 3.14. Concl. A-G Timmerman onder 2.11 bij HR 14 september 2007, ARO 2007, 155 (*Versatel*) en concl. A-G Timmerman onder 3.15 – 3.17 bij HR 16 april 2010, ARO 2010, 65 (*AHAM*).

⁵⁵² Interessant is dat Maeijer onder verwijzing naar de ontstaansgeschiedenis van artikel 2:192 BW (oud, de bepaling komt voort uit overwegingen rondom de coöperatie) schrijft dat de bepaling van 2:192 BW (oud) de toepassing van artikel 2:8 BW onverlet laat. Vgl. Asser-Maeijer 2-III, p. 132 en 214.

Artikel 6:248 lid 2 bepaalt voor contracten:

‘Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’

Wat is nu de betekenis van deze analogie? In aanmerking genomen dat het hier gaat om geschillen in besloten verhoudingen, dus bij personenvennootschap, ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’, flex-B.V. en besloten coöperatie, dus over de breedte van het ondernemingsrecht, kunnen een paar kanttekeningen worden gemaakt.

Ten eerste: zou er al sprake zijn van ‘interne samenhang’ over de breedte van het ondernemingsrecht, dan zijn de redelijkheid en billijkheid in hun derogerende betekenis een soort uiterste grens, dus – opnieuw oppervlakkig beschouwd – als de belangen maar groot en de nood maar hoog genoeg zijn, kan worden ingegrepen. Maar wat is dan over de breedte van personenvennootschap, ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’, flex-B.V. en besloten coöperatie de grote gemene deler?

Of anders geformuleerd: waar gaan eigenheden van personenvennootschap, van ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’, van flex-B.V. en van besloten coöperatie de problematiek zodanig bepalen dat de aanpak en afhandeling van geschillen in al die rechtsvormen een andere wordt? Bijvoorbeeld in het geval van een personenvennootschap een zuiver op het contract gebaseerde⁵⁵³ en in geval van een besloten coöperatie een zuiver verenigingsrechtelijke? Of is er toch een door de aard van de lidmaatschapsverhouding bepaalde grote gemene deler? Let wel: bij geschillen in besloten verhoudingen? En is er dus reeds om die reden of ook om andere redenen aanleiding voor één regeling in één Wetboek Ondernemingsrecht?

Ten tweede: is het duiden van de precieze materiële betekenis van de eisen van redelijkheid en billijkheid al een lastige problematiek,⁵⁵⁴ dan geldt dat te meer waar het gaat om de belangrijke betekenis van de derogerende werking,⁵⁵⁵ dus voor situaties waar rechtsgevolgen eigenlijk reeds door de rechter zijn vastgesteld, maar in het gegeven geval toch onrechtvaardig uitpakken⁵⁵⁶ (een benadering die overigens niet die van Schoordijk is, die het houdt op uitleg en daardoor aan derogeren niet toekomt).⁵⁵⁷ Dat heeft niet alleen te maken met uitleg, maar

⁵⁵³ Bulten 2011/1, p. 87.

⁵⁵⁴ Schild 2011/1, p. 619 in het kader van de toepassing van het EVRM.

⁵⁵⁵ Vgl. Bulten 2011/1, p. 89 e.v. die daar voor de wettelijke geschillenregeling de link legt met artikel 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid). Hierover Schrage 2012.

⁵⁵⁶ Van der Grinten 1969, p. 79/80, Maeijer 1964/1965, p. 167, Maeijer 1984, p. 249 e.v., Smits 1995, p. 91.

⁵⁵⁷ Anders dus Schoordijk 1979, p. 21 e.v., m.n. p. 33, Wiarda 1999, p. 95.

ook met visie op partijautonomie⁵⁵⁸ en op de idee dat verbintenissen moeten worden nagekomen, of die nu uit wet, statuten of overeenkomst⁵⁵⁹ voortvloeien. Er moet in alle gevallen dus goede reden zijn om aan die derogerende werking toe te komen,⁵⁶⁰ hetgeen ook blijkt uit de overwegingen in de beschikking van de Ondernemingskamer en in het arrest van de Hoge Raad inzake *Inter Access Groep*. Ook dit is een vraag naar de grote gemene deler.

Ten derde: hoe ook de wettelijke geschillenregeling kan worden gekwalificeerd – werkend, niet werkend – in dit boek is de vraag te beantwoorden wat de reikwijdte is van de artikelen 2:8, 2:15, 6:2 en 6:248 BW en wat de onderlinge verhouding tussen deze regelingen is, zowel in hun aanvullende als in hun derogerende betekenis, en wat de relatie met de wettelijke geschillenregeling is, althans de mogelijkheid van opzegging, uitstoting en uittreding. Zo wijst Bulten er terecht op dat het keer op keer vernietigen van besluiten wegens strijd met artikel 2:8 lid 1 BW geen oplossing is en de actie van artikel 2:15 lid 1 sub b BW een incidentele ingreep.⁵⁶¹ Maar halve maatregelen werken ook bij personenvennootschappen niet.

Het antwoord op de vraag naar bedoelde reikwijdte wordt relevanter waar geldt dat de wettelijke geschillenregeling en het enquêterecht helemaal niet van toepassing zijn op (contractuele) personenvennootschappen als de maatschap, V.O.F. en C.V.,⁵⁶² en de nadruk wegens het contractuele karakter van die vennootschappen dus uitsluitend kan komen te liggen op de vraag naar de betekenis en reikwijdte van artikel 6:248 BW. Neemt artikel 6:248 BW dan functie van het enquêterecht over? Doet de gewone rechter dat? De voorzieningenrechter? De voorzieningenrechter in de kwestie *Baremans/Muijs* lijkt dat in het kader van de uitstotingsvordering wel te doen. In geschillen die materieel beschouwd op hetzelfde neerkomen? Hoe verhoudt zich dat tot de mogelijkheid van vorderingen tot nakoming en schadevergoeding? Tot opzegging?

Ten vierde: de vraag rijst hoe uitzonderlijk de casus van het *Inter Access Groep*-arrest eigenlijk is. Hoe meer het recht van de aandeelhouder – i.e. verondersteld eigendomsrecht en recht om van daaruit het eigen belang te dienen – als iets absoluut onaantastbaars gezien wordt, hoe noodzakelijker het is en hoe moeilijker het wordt naar rechtvaardiging te zoeken om te kunnen derogeren (of vergaand ingrijpend uit te leggen in de Schoordijk-variant).⁵⁶³ Hoe meer daarente-

⁵⁵⁸ Nieskens 1991, p. 86-87, 125-127.

⁵⁵⁹ Hof Amsterdam 7 december 2010, JOR 2011, 249 (*V.O.F. LBW/Recreatie Beheer B.V.*).

⁵⁶⁰ Maeijer 1984, p. 259, Eikelboom 2011/2, p. 492-494.

⁵⁶¹ Bulten 2011/1, p. 289.

⁵⁶² OK 20 januari 2006, ARO 2006, 32 (*KIVO C.V.*), concl. A-G Timmerman onder 4.32-34 bij HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107 (*KPNQwest*).

⁵⁶³ Schoordijk 1979, p. 21 e.v., m.n. p. 33, die daar met kracht betoogt dat aan de derogerende werking niet hoeft te worden toegekomen, Wiarda 1999, p. 95.

gen het recht van het subject in een lidmaatschapsrechtelijke context beschouwd wordt als te staan in relatie tot anderen,⁵⁶⁴ als relationeel dus – zowel als het om eigendom gaat als om zeggenschap – hoe minder aan de idee van derogeren behoefte te worden toegekomen en hoe meer kan worden volstaan met uitleg, met belangenafweging, met analyse.⁵⁶⁵

Dat is wat de Ondernemingskamer in het enquêterecht doet. Het werkt natuurlijk ook zo bij personenvennootschappen. Een ook daar kan worden onderscheiden naar kwesties die typisch het functioneren van ‘de vennootschap’ en de verbonden onderneming betreffen – waarover paragraaf 3.6 hierna – en naar zuiver vermogensrechtelijke geschillen waarbij aansprakelijkstellingen in traditionele zin aan de orde zijn.

In dit laatste verband kan worden gerefereerd aan de hierboven aangehaalde idee dat lidmaatschap in principe norm- of (beter) inhoudsloos is en dat het eerst in ‘ons’ rechtspersonenrecht is dat de aandeelhouder als lid onderdeel wordt van een deelrechtsorde niet alleen bepaald door organisatie- maar ook door verantwoordingsrecht. De aandeelhouder die meent het ontslag van zevenhonderd man personeel voor zijn rekening te kunnen nemen, kan daarop tenminste worden aangesproken – als de idee van betamelijkheid en verantwoording naar aanleiding daarvan tenminste serieus genomen wordt – zoals elke aandeelhouder wiens gedrag onevenredig op de vennootschap en de ermee verbonden onderneming ingrijpt.

Mogelijk sterker: door als lid toe te treden tot de door Nederlands recht beheerste vennootschappelijke deelrechtsorde, mede beheerst door de Nederlandse rechtsovertuigingen (zie artikel 3:12 BW), zou die aandeelhouder bij voorbaat verondersteld kunnen en mogen worden geaccepteerd te hebben dat hij als verschaffer van risicodragend vermogen op momenten dat het er echt om spant een toontje lager zingt in het belang van de vennootschap en de ermee verbonden onderneming.⁵⁶⁶ Het is op dat moment dat de betekenis van artikel 3:12 BW:

‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen’

in combinatie met de derogerende werking in beeld komt en in die context zou het dan ook moeten zijn dat de rechtsverhouding tussen betrokkenen moet worden geïnterpreteerd en recht moet worden gevonden. Tegelijk geldt – en dat is wel bijzonder – dat het *Inter Access Groep*-arrest wegens de buitenproportionele

⁵⁶⁴ Cahen 1970, p. 466 e.v.

⁵⁶⁵ OK 16 december 2002, ARO 2003, 5 (*Advertising Post Holding*).

⁵⁶⁶ Maeijer 1964, p. 17 en 1976, p. 100, die daar schrijft – het zij herhaald – dat aandeelhouders bij het dienen van hun eigen belang ook het belang van de vennootschap in het oog dienen te houden en na afweging tegen eigen belang zo nodig dienen te ontzien.

feiten – hoe genuanceerd, uitgebreid en lezenswaard beschikking en arrest ook zijn – eigenlijk niet spannend is en dat er casus zijn die veel moeilijker liggen.

De vraag rijst of de benadering via de derogerende werking en artikel 3:12 BW in combinatie met analyse van de aard van de lidmaatschapsverhouding niet ook een rol speelt bij de opzegging en dan vooral bij de uitstoting als het gaat om het vinden van voldoende legitimatie daarvoor. En of dit bij personenvennootschappen niet op hetzelfde neerkomt.

3.5 *Duurzame ontwrichting bij personenvennootschappen*

Waarom wordt aan duurzame ontwrichting in de inleiding van deze paragraaf 3 derogerende werking toegekend? Gewezen wordt om te beginnen op het arrest van 7 maart 1941, NJ 1941, 738 (*Kuyten/Kuyten*) waarin de Hoge Raad ten aanzien van de samenwerking in een maatschap onder verwijzing naar artikel 7A:1684 lid 1 BW dat bepaalt:

‘de rechter kan op vordering van ieder der vennoten de maatschap wegens gewichtige redenen ontbinden.’

besliste dat partijen niet alleen de uit de wet voortvloeiende mogelijkheid hebben het maatschapscontract voor bepaalde tijd aan te gaan met de daaraan in artikel 7A:1686 lid 2 BW verbonden consequenties:

‘een vennootschap voor bepaalde tijd of voor een bepaald werk aangaan, kan niet worden opgezegd, tenzij dit is bedongen.’

maar dat zij ook de mogelijkheid hebben om contractueel de beëindiging van de maatschap door enkele wilsverklaring (lees: ‘opzegging’) uit te sluiten. Immers, zo vervolgt de Hoge Raad:

‘dat bij een zodanige overeenkomst geenszins een voorziening (i.e. de ontbinding van artikel 7A:1684 lid 1 BW (toevoeging P)) ontbreekt ter vermijding van het euvel, dat vennoten ook bij een voortdurende tweedracht en twist bijeen zouden moeten blijven.’⁵⁶⁷

Duurzame ontwrichting, als de verwijzing naar voortdurende tweedracht en twist zo mag worden opgevat, kan dus bij personenvennootschappen steeds een grond zijn voor ontbinding wegens gewichtige redenen, ook als opzegging contractueel is uitgesloten. Duurzame ontwrichting leidt er op basis van de wettekst en op basis van de invulling door de Hoge Raad van het open begrip ‘gewichtige

⁵⁶⁷ Ook Strijbos 1985, p. 32.

redenen' toe dat voorbij kan worden gegaan aan de inhoud van het contract; daaraan dus derogeert.

Kennelijk erkent de Hoge Raad in het arrest dat duurzame ontwrichting, net als bij huwelijken, leidt tot het krachteloos worden van de rechtsverhouding, in dit geval van de samenwerking,⁵⁶⁸ en verbindt hij daaraan net als de wetgever in de wettelijke geschillenregeling het gevolg dat voortzetting in geval van dat krachteloos worden in redelijkheid niet kan worden gevegd. De ernst van de betrokken feiten en gedragingen – de duurzame ontwrichting – rechtvaardigt dan kennelijk de ontbinding: de duurzame ontwrichting vormt voldoende gewichtige reden.⁵⁶⁹

Uit een arrest van later datum volgt dat duurzame ontwrichting niet verwijtbaar behoeft te zijn om ontbinding op grond van artikel 7A:1684 te rechtvaardigen, zoals in het geval van gebleken incompatibilité d'humeurs. Het Gerechtshof te Den Haag overweegt in een arrest uit 1969:⁵⁷⁰

'dat toch art. 1684 BW beoogt ontbinding van een vennootschap voor een der vennoten mogelijk te maken, niet alleen wegens wanprestatie aan de zijde van de andere vennoot, doch ook in geval van overmacht aan die zijde, zoals het onbekwaam zijn van die andere vennoot de zaken der vennootschap waar te nemen wegens aanhoudende ongesteldheid, of andere soortgelijke gevallen;

dat naar het oordeel van het Hof onder soortgelijke wettige gevallen van zodanig gewicht dat een vordering tot ontbinding kan worden toegewezen, behoort het geval dat wegens incompatibilité d'humeurs samenwerking tussen pp. in vennootschapsverband onmogelijk is geworden; dat immers, indien die samenwerking onmogelijk is geworden, deze moet kunnen worden beëindigd;

O. voorts dat art. 1684 BW niet inhoudt dat alleen de vennoot, tegenover wie een andere vennoot niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan of wiens mede-vennoot wegens een aanhoudende ongesteldheid onbekwaam is om de zaken der vennootschap waar te nemen, een vordering tot ontbinding der vennootschap kan instellen dat, zoals appellanten met hun beroep op de door hen vermelde literatuur kennelijk bedoeld hebben, volgens hen de vennoot, die door zijn schuld een wettige reden tot ontbinding van de vennootschap doet ontstaan, b.v. wanprestatie, niet bevoegd behoort te zijn

⁵⁶⁸ Lenters 1993, p. 58, MvA bij Wetsvoorstel 10 213, p. 3/4.

⁵⁶⁹ HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers, AA 1997, 4, nr. 6 (*Lampe/-Videoworks*).

⁵⁷⁰ Vgl. Hof Den Haag 24 mei 1968, NJ 1969, 439 (*Hoogendam/Hoogendam*).

met een beroep op zijn eigen wanprestatie zelf de vordering tot ontbinding in te stellen; dat, wat hiervan zij, in het onderhavige geval, waar sprake is van het niet kunnen samenwerken wegens incompatibilite d'humeurs niet valt vast te stellen zoals ook, gelijk hierboven overwogen, app.en zelf hebben betoogd - aan wiens schuld de onmogelijkheid van samenwerking valt te wijten, terwijl evenmin is komen vast te staan dat alleen geint. oorzaak van die onmogelijkheid is; zodat aan geint. het recht om op die grond ontbinding van de vennootschap te vorderen niet kan worden ontegenzeggd; dat derhalve de eerste twee grieven geen doel treffen;'

Doorgeredeneerd kan bij deze overwegingen in voorkomende gevallen een rol spelen dat de vennootschappelijke samenwerking niet alleen de vennoten zelf regardeert, maar ook de vennootschap en daarbij betrokken derden zoals werknemers, schuldeisers en anderen.⁵⁷¹ De ontwrichting kan dan zodanig ernstig zijn dat aan die belangen bij voortzetting geen recht wordt gedaan of in elke geval minder dan in het geval dat koste wat kost wordt voortgezet.

Er hoeft mede hierdoor geen bezwaar te bestaan om het begrip 'belang van de vennootschap' ook in een contractuele context te gebruiken, mits genuanceerd, in de wetenschap dat de verhouding tussen aandeelhouders oorspronkelijk als maatschap kwalificeerde en dat Van der Grinten – volgens Noldus – in 1952 het belang van de N.V. nog als volstrekt identiek aan het belang van de gezamenlijke aandeelhouders beschouwde⁵⁷² en dat er ook nu nog situaties bestaan – waarover nog later in dit boek – die van dit uitgangspunt amper afwijken. Denken in termen van functioneren van een personenvennootschap en de met haar verbonden onderneming die aan het enquêterecht onderworpen zou kunnen zijn is dus niet zo vreemd, te meer daar het overgrote deel van de beschikkingen al betrekking heeft op besloten verhoudingen.⁵⁷³

De voorgaande redeneringen lijken dan weer op een afweging, die door de Ondernemingskamer recent nog werd gebruikt in de zaak *Mulix Holding B.V./Mulix B.V.*:⁵⁷⁴

⁵⁷¹ Rijken 1994, p. 12 die verwijst naar een situatie waarin uit redelijkheid en billijkheid voortvloeyde dat na beëindiging van de vennootschap medewerking moest worden verleend aan voortzetting van de onderneming. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 1958, NJ 1958, 624 (*Winters/Winters*).

⁵⁷² Van der Grinten 1952, p. 85, Noldus 1969, p. 191.

⁵⁷³ Rapport Kools/Kroeze 2009.

⁵⁷⁴ OK 20 januari 2012, ARO 2012, 16 (*Mulix*). Ook OK 3 mei 2010, ARO 2010, 82 (*Mulix*). Vgl. OK 5 maart 2003, ARO 2003, 51 (*Makelaardij Huis 77*), OK 7 maart 2003, ARO 2003, 52 (*Willem III Meubilering Beheer*), OK 25 september 2003, ARO 2003, 160 (*Aannemingsmaatschappij Zeelandia Curaçao en Laepersveld*). Slagter 1976, p. 122, OK 17 juni 2010, ARO 2010, 98 (*Allstar*).

'In onderhavige zaak had het op de weg van beide bestuurders (ook aandeelhouders) van de vennootschappen gelegen om een oplossing te zoeken voor de gevolgen van de beëindiging van de belangrijkste werkzaamheden voor de vennootschappen en te bezien of en in hoeverre medewerkers konden worden ingezet bij andere werkzaamheden, al of niet via een van bestuurders-aandeelhouder. Het bestuur van de vennootschap is in die verantwoordelijkheid tekort geschoten. Ook indien aangenomen wordt dat een van de bestuurders-aandeelhouder op begrijpelijke gronden meende dat de andere aandeelhouder op onbehoorlijke wijze feitelijk een einde maakte aan de samenwerking met de vennootschap, rechtvaardigt dit niet dat deze bestuurder heeft bewerkstelligd dat de onderneming feitelijk werd overgedragen aan een aan hem gelieerde vennootschap, zonder dat het belang van de vennootschappen daarbij gediend was. De onderlinge verstandhouding tussen de aandeelhouders door een onmogelijkheid tot samenwerking is zodanig ernstig verstoord dat er een blijvende impasse is ontstaan in zowel de bestuurlijke verhouding als tussen de aandeelhouders. Dit leidt tot de conclusie dat sprake is van wanbeleid van de vennootschappen. Door deze impasse is voor de vennootschappen geen toekomst weggelegd en moet verdere samenwerking tussen partijen uitgesloten worden geacht. Nu eerdere pogingen om tot een ontvlechting te komen zijn mislukt, wordt de (moeder) vennootschap bij wijze van voorziening ontbonden.'

De overwegingen zijn typisch een voorbeeld van ontbinding toegepast als 'ultimum remedium',⁵⁷⁵ overigens overeenkomstig artikel 2:357 lid 7 BW dat bepaalt dat de Ondernemingskamer de ontbinding van de rechtspersoon niet uitspreekt wanneer het belang van de leden of aandeelhouders of van degenen die in dienst van de rechtspersoon zijn, dan wel het openbaar belang zich daartegen verzet.⁵⁷⁶ Die ontbinding kan overigens door de Ondernemingskamer ook weer ongedaan worden gemaakt als daarom wordt verzocht en voldoende zwaarwegende belangen daartoe aanleiding geven.⁵⁷⁷

Van der Grinten wees er in 1953 onder verwijzing naar HR 7 maart 1941, NJ 1941, 738 (*Kuyten/Kuyten*) en HR 3 december 1948, NJ 1949, 358 (*Geldersch Dagblad/Drukkerij De Graafschap*) op dat de wet de mogelijkheid van rechterlijke ontbinding van een maatschap tot dan al meer dan eeuw voorbehield aan de maatschap voor bepaalde tijd en dat algemeen werd aangenomen dat slechts

⁵⁷⁵ Vgl. Geerts 2004/1, p. 315 e.v.

⁵⁷⁶ Vgl. OK 7 maart 2003, ARO 2003, 52, r.o. 3.2., en OK 10 mei 2004, ARO 2004, 70 (*Willem III Meubilering Beheer*), 28 januari 2005, ARO 2005, 18 (*Projectontwikkeling Friesland*) (waarin de ontbinding nog net niet uitgesproken wordt, maar het er met het ontslag van de beide bestuurders en de benoeming van een OK-bestuurder wel heel dicht tegenaan zit), idem: OK 25 mei 2005, ARO 2005, 83 (*Dyna Music*).

⁵⁷⁷ OK 10 mei 2004, ARO 2004, 70 (*Willem III Meubilering Beheer*).

voor die maatschap rechterlijke ontbinding mogelijk was.⁵⁷⁸ In het arrest van 1948 (*Geldersch Dagblad/Drukkerij De Graafschap*) bevestigde de Hoge Raad tegen deze aanname in het arrest van 1941 (*Kuyten/Kuyten*) en bepaalde dat ontbinding ook mogelijk was voor de maatschap voor onbepaalde tijd.

Volgens Van der Grinten ging het daarbij om erkenning door de Hoge Raad van een behoefte in het ‘maatschappelijk’ verkeer. Van der Grinten had ook kunnen schrijven: een behoefte in het ‘vennootschappelijk’ verkeer, zoals hij later⁵⁷⁹ nog zou schrijven dat de vennootschappelijke zorgvuldigheidsnorm van artikel 2:9 BW (2:7 BW oud) geen andere is dan die van artikel 1401 BW (oud).⁵⁸⁰ Dat sluit aan op de eerder geciteerde overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Van den Berg/Van den Berg*.⁵⁸¹ algemeen belang en vennootschappelijk belang lopen bij een efficiënte aanpak van geschillen parallel.⁵⁸² Dat geldt ook voor het fenomeen van de ontbinding, of het nu gaat om ontbinding als ‘ultimum remedium’ of om een andere plaats in het spectrum van de conflictbeheersing en -oplossing.

De in de vorige alinea aangehaald term vennootschappelijke zorgvuldigheid, of liever: betamelijkheid, sluit ook aan op de idee van uitleg aan de hand van de aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding.

In het arrest van 1948⁵⁸³ werd verder bepaald dat vergoeding van schade kan worden gevorderd bij ontbinding om gewichtige reden als die reden tevens wanprestatie door een van de vennoten betekent. Dat is begrijpelijk en wenselijk, maar ook geldt – relevant voor de vergelijking met de wettelijke geschillenregeling en de door de Kluiver geschetste problematiek – dat als na zoveel jaren procederen dan eindelijk de schadeplicht en de omvang van de schade zijn vastgesteld, het kind – lees: ‘de vennootschap’ (en daar ging het toch om) – allang met het badwater is weggespoeld. Dat is ook niet in het maatschappelijk belang. Het betekent ook dat de door de Kluiver geschetste problematiek in de periode tot 1 oktober 2012 niet alleen voorbehouden is geweest aan de wettelijke geschillenregeling. Het betekent dat de ‘badwater-problematiek’ bij personenvennootschappen nog steeds aandacht verdient.

Precies hier namelijk ligt ook een ander probleem verscholen, namelijk de in de praktijk spelende ‘tafellaken-servet’ (kort geding/bodemprocedure) lacune die in

⁵⁷⁸ Van der Grinten 1953, p. 31. Maeijer 1973, p. 423 e.v.

⁵⁷⁹ Van der Grinten 1982, p. 201, Maeijer 1976, p. 98.

⁵⁸⁰ Vgl. Hof Arnhem 22 januari 1986, NJ 1988, 476 (*van Drooge q.q./Van Heek*), r.o. 11.

⁵⁸¹ HR 8 december 1993, NJ 1994, 273 (*Van den Berg/Van den Berg*), Bertrams 1999, p. 79.

⁵⁸² Concl. Timmerman bij HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 (*Laurus*) en bij HR 14 september 2007, ARO 2007, 154 (*Tele2 Finance*), onder 3 e.v.

⁵⁸³ HR 3 december 1948, NJ 1949, 358 (*Geldersch Dagblad/Drukkerij De Graafschap*).

de praktijk van en literatuur over de ‘corporate litigation’ niet voldoende aandacht krijgt.⁵⁸⁴ Hiermee wordt bedoeld dat in de praktijk van het personenvennootschapsrecht nogal wat geschillen te groot zijn voor het servet – het kort geding – en te klein voor het tafellaken – de bodemprocedure. Het instrumentarium van het kort geding en mogelijk ook de ervaring van de kort geding-rechter⁵⁸⁵ schieten dan tekort tegenover de gecompliceerde gelaagdheid waarover geschillen in personenvennootschappen blijken te beschikken, terwijl tegelijk geldt dat de belangen – opnieuw relatief – te groot zijn om de afloop van een bodemprocedure – anderhalf à twee jaar of langer – af te wachten. De optredende problemen zijn daardoor vaak net te dringend en de schade die betrokkenen ook hierdoor lijden net te groot. En verkeerde kort geding beslissingen net te desastreus.

3.6 Situaties waarin onmiddellijke voorzieningen worden getroffen

Er is geen reden genoeg te nemen met de idee dat het enquêterecht alleen op Boek 2 BW-rechtspersonen van toepassing zou kunnen zijn. In de conclusie van dit boek wordt op dit thema nog uitgebreid teruggekomen. Wel kan hier alvast worden geconstateerd dat als het gaat om ingrijpen bij wijze van onmiddellijke voorzieningen in de ARO jurisprudentie de volgende criteria zijn te ontwaren:⁵⁸⁶ het belang van het onderzoek en de toestand van de rechtspersoon als wettelijke criteria waarbij onderdeel van de laatste zijn het waarborgen van continuïteit,⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ Van Schaick 1998, p. 214, merkt op: ‘In de praktijk blijken verdelingsonderhandelingen zich soms gedurende jaren voort te slepen. De betrokkenheid van een notaris is niet altijd een garantie dat op korte termijn een verdeling kan worden gerealiseerd.’

⁵⁸⁵ Hof Amsterdam 7 november 1996, KG 1997, 3 (*Gaus/Dijkshoorn*).

⁵⁸⁶ Olden 2003, Rapport Kools/Kroeze 2009, p. 20/21 en 71 e.v.

⁵⁸⁷ OK 3 februari 2004, ARO 2004, 34 (*Headscanning Patent*), OK 24 maart 2004, ARO 2004, 41 (*De ZorgZaak Holding*), OK 1 oktober 2004, ARO 2004, 119 (*Autogroep Twente*), OK 20 juli 2005, ARO 2005, 119 (*Broere Holding*), OK 22 juli 2005, ARO 2005, 121 (*Arthromed*), OK 1 augustus 2005, JOR 2005, 266 (*Curamedical Holding c.s.*), OK 10 maart 2006, ARO 2006, 60 (*Eleveld*), OK 7 april 2006, ARO 2006, 72 (*Punching*), OK 26 juli 2006, ARO 2006, 142 (*K&H*), OK 10 oktober 2006, ARO 2006, 169 (*Pondac Products*), OK 13 april 2007, ARO 2007, 71 (*Vendenco*), OK 25 mei 2007, ARO 2007, 84 (*MucoVax*), OK 17 maart 2008, ARO 2008, 76 (*S&C*) (geen activiteiten als gevolg impasse), OK 1 juli 2008, ARO 2008, 124 (*Veenman Fresh Concepts*), OK 5 augustus 2008, ARO 2008, 133 (*Rokin87*), OK 5 augustus 2008, ARO 2008, 134 (*Sijthoff*), OK 28 augustus 2008, ARO 2008, 138 (*Heem Estate*), OK 10 december 2008, ARO 2009, 1 en OK 12 januari 2010, ARO 2010, 24 en HR 16 april 2010, ARO 2010, 65, concl. A-G Timmerman (*AHAM*), OK 6 februari 2009, ARO 2009, 34 (*Megapower*), OK 19 juni 2009, ARO 2009, 106 (*Sorée Beheer*), OK 14 september 2009, ARO 2009, 136 (*Rofitec Group*), OK 4 november 2009, ARO 2009, 164 (*3ple-Media*), OK 19 november 2009, ARO 2009, 180 (*FazandtGroep*), OK 30 november 2009, ARO 2009, 182 (*Ploeg Beheer*), OK 31 december 2009, ARO 2010, 6 (*Inter Access Groep*), OK 10 februari 2011, ARO 2011, 33 (*Fondsen*), OK 17 maart 2011, ARO 2011, 55 (*A&T*), OK 26 juli 2011, ARO 2011, 125 (*Toeleiding Naar Arbeid*), OK 26 juli 2011, ARO 2011, 127 (*MacMountain Group*), OK 28 oktober 2011, ARO 2011, 167 (*Twister Media*), OK

de hachelijke financiële situatie⁵⁸⁸ (inclusief het niet voldoen aan artikel 2:10 BW)⁵⁸⁹, (voorzienbare) schade,⁵⁹⁰ onrust bij en positie van werknemers,⁵⁹¹ een ernstige impasse of verstoorde verhoudingen,⁵⁹² het geheel ontbreken van een

-
- 21 maart 2012, ARO 2012, 46 (*Chef Martin*), OK 19 april 20012, ARO 2012, 63 (*VOC*), OK 29 oktober 2012, ARO 2012, 154 (*NAD*), OK 16 november 2012, ARO 2012, 162 (*Small Society*).
- ⁵⁸⁸ OK 7 april 2004, ARO 2004, 52 (*Clamor Holding*), OK 28 april 2004, ARO 2004, 64 (*SCUA Holding*), OK 14 september 2009, ARO 2009, 136 (*Rofitec Group*), OK 16 november 2010, ARO 2010, 170 (*2Link*), OK 7 februari 2012, ARO 2012, 26 (*Pareto*), OK 20 juni 2012, ARO 2012, 100 (*Adriaens Molenbouw*).
- ⁵⁸⁹ OK 19 juni 2009, ARO 2009, 106 (*Sorée Beheer*), OK 4 november 2009, ARO 2009, 164 (*3ple-Media*), OK 19 november 2009, ARO 2009, 180 (*FazandtGroep*), OK 17 augustus 2010, ARO 2010, 128 (*V&H*), OK 16 december 2010, ARO 2011, 4 (*Van der Linden Holding*), OK 13 december 2011, ARO 2012, 5 (*Leidsestraat Apotheek*).
- ⁵⁹⁰ OK 19 mei 2004, ARO 2004, 76 (*Welgelegen*), OK 26 november 2004, ARO 2004, 146 (*Aesculaap Beheer*), OK 1 augustus 2005, JOR 2005, 266 (*Curamedical Holding c.s.*), OK 17 augustus 2005, ARO 2005, 168 (*Schrums*), OK 27 december 2006, ARO 2007, 4 (*Woudwood*), OK 20 mei 2009, ARO 2009, 79 (*TFE*), OK 17 juli 2009, ARO 2009, 121 (*Inquest Holding*), OK 13 november 2009, ARO 2009, 178 (*SKB*), OK 14 oktober 2011, ARO 2011, 158 (*BCCH*).
- ⁵⁹¹ OK 20 juli 2005, ARO 2005, 119 (*Broere Holding*), OK 26 juli 2006, ARO 2006, 142 (*K&H*), OK 7 november 2008, ARO 2008, 170 (*Principal*), OK 20 mei 2009, ARO 2009, 79 (*TFE*), OK 19 november 2009, ARO 2009, 180 (*FazandtGroep*), OK 31 december 2009, ARO 2010, 6 (*Inter Access Groep*), OK 17 maart 2011, ARO 2011, 55 (*A&T*), OK 8 december 2011, ARO 2012, 2 (*PHC*), OK 31 mei 2012, ARO 2012, 81 (*Interactive Partners*).
- ⁵⁹² OK 29 juli 2005, ARO 2005, 146 (*Maroeska Metz*), OK 18 oktober 2004, ARO 2004, 130 (*NIBO*), OK 4 augustus 2005, ARO 2005, 166 (*NIBO*), OK 24 februari 2006, ARO 2006, 57 (*Pondac Products*), OK 31 oktober 2006, ARO 2006, 172 (*Hartevelt Holding*), OK 16 oktober 2006, ARO 2006, 173 (*Doorzand Medical*), OK 24 november 2006, ARO 2006, 192 en OK 6 oktober 2010, ARO 2010, 151 (*De Leeuw*), OK 18 december 2006, ARO 2007, 2 (*Cartoco*), OK 27 december 2006, ARO 2007, 4 (*Woudwood*), OK 25 mei 2007, ARO 2007, 84 (*MucoVax*), OK 31 juli 2007, ARO 2007, 133 (*Excellent*), OK 16 oktober 2007, ARO 2007, 166 en HR 25 juni 2010, ARO 2010, 114, NJ 2010, 370 (*e-Traction*), OK 12 februari 2008, ARO 2008, 44 (*Gul en Albers*), OK 17 maart 2008, ARO 2008, 76 (*S&C*), OK 1 juli 2008, ARO 2008, 124 (*Veenman Fresh Concepts*), OK 5 augustus 2008, ARO 2008, 133 (*Rokin87*), OK 19 augustus 2008, ARO 2008, 135 (*W.J. Grain*), OK 28 augustus 2008, ARO 2008, 138 (*Heem Estate*), OK 18 november 2008, ARO 2008, 183 (*Living City*), OK 24 november 2008, ARO 2008, 190 (*Weblimits*), OK 3 december 2008, ARO 2008, 191 (*Graphic Holding*), OK 10 december 2008, ARO 2009, 1 en OK 12 januari 2010, ARO 2010, 24 en HR 16 april 2010, ARO 2010, 65, concl. A-G Timmerman (*AHAM*), OK 17 december 2008, ARO 2009, 3 (*MCEG*), OK 20 januari 2009, ARO 2009, 15 (*Barcofra*), OK 5 maart 2009, ARO 2009, 54 (*Elephas*), OK 24 april 2009, ARO 2009, 64 (*Allstar*), OK 29 april 2009, ARO 2009, 66 (*Prominent Hoogeveen*), OK 29 april 2009, ARO 2009, 67 (*Diepenbeek Holding*), OK 4 juni 2009, ARO 2009, 86 (*OG Partners Groep*), OK 19 juni 2009, ARO 2009, 106 (*Sorée Beheer*), OK 25 augustus 2009, ARO 2009, 129 (*Biotempt*), OK 14 september 2009, ARO 2009, 136 (*Rofitec Group*), OK 13 november 2009, ARO 2009, 178 (*SKB*), OK 30 november 2009, ARO 2009, 182 (*Ploeg Beheer*), OK 11 mei 2010, ARO 2010, 86 (*GeoMar*), OK 24 juni 2010, ARO 2010, 102 (*Van Oers Holding*),

bestuur,⁵⁹³ een commissaris die het beleid van de vennootschap bepaalt en ten laste van de vennootschap betalingen verricht,⁵⁹⁴ het mogelijk maken van besluitvorming⁵⁹⁵ o.m. aangaande aanvullende financiering,⁵⁹⁶ te vrezen ingrijpen de strategiewijziging althans vervreemding van belangrijk actief.⁵⁹⁷ Voorts belangenvermenging⁵⁹⁸ (privé/zakelijk,⁵⁹⁹ het plegen van concurrentie,⁶⁰⁰ het gebruikmaken van een positie in een derde vennootschap),⁶⁰¹ de niet deugdelijke motivering van besluiten, strijd met wettelijke en statutaire bepalingen⁶⁰² (be-

OK 29 september 2010, ARO 2010, 148 en OK 28 juli 2011, ARO 2011, 133 (*Königsberg*), OK 16 november 2010, ARO 2010, 170 (*2Link*), OK 18 november 2010, ARO 2010, 171 (*WVR*), OK 7 december 2010, ARO 2011, 1 (*Envitec Holding*), OK 10 februari 2011, ARO 2011, 33 (*Fondsen*), OK 16 maart 2011, ARO 2011, 52 (*EMB*), OK 17 maart 2011, ARO 2011, 55 (*A&T*), OK 31 mei 2011, ARO 2011, 88 (*Grand Winston*), OK 21 juni 2011, ARO 2011, 106 (*Bactoforce Benelux*), OK 6 juli 2011, ARO 2011, 110 (*DB/K3*), OK 14 oktober 2011, ARO 2011, 158 (*BCCH*), OK 26 juli 2011, ARO 2011, 125 (*Toeleiding Naar Arbeid*), OK 26 juli 2011, ARO 2011, 127 (*MacMountain Group*), OK 8 december 2011, ARO 2012, 1 (*Noork*), OK 8 december 2011, ARO 2012, 2 (*PHC*), OK 13 december 2011, ARO 2012, 5 (*Leidsestraat Apotheek*), OK 20 januari 2012, ARO 2012, 16 (*Mulix Holding*), OK 7 februari 2012, ARO 2012, 24 (*Chinese Workers*), OK 7 februari 2012, ARO 2012, 26 (*Pareto*), OK 21 maart 2012, ARO 2012, 46 (*Chef Martin*), OK 19 april 2012, ARO 2012, 63 (*VOC*), OK 27 april 2012, ARO 2012, 65 (*Greenchoice*), OK 21 mei 2012, ARO 2012, 78 (*Verf- en Behanghal*), OK 31 mei 2012, ARO 2012, 81 (*Interactive Partners*), OK 5 juni 2012, ARO 2012, 86 (*Heusden Veste*), OK 14 juni 2012, ARO 2012, 98 (*RVDD*), OK 20 juni 2012, ARO 2012, 100 (*Adriaens Molenbouw*), OK 13 september 2012, ARO 2012, 135 (*Loonbedrijf*), OK 16 november 2012, ARO 2012, 162 (*Small Society*).

⁵⁹³ OK 6 juli 2011, ARO 2011, 110 (*DB/K3*), OK 4 oktober 2011, ARO 2011, 156 (*Solenne*).

⁵⁹⁴ OK 24 februari 2012, ARO 2012, 30 (*Cerflex*).

⁵⁹⁵ OK 17 december 2008, ARO 2009, 3 (*MCEG*), OK 20 januari 2009, ARO 2009, 15 (*Barcofra*), OK 15 juni 2011, ARO 2011, 97 (*Rickley*).

⁵⁹⁶ OK 10 oktober 2006, ARO 2006, 169 (*Pondac Products*), OK 16 oktober 2006, ARO 2006, 173 (*Doorzand Medical*), OK 13 april 2007, ARO 2007, 71 (*Vendenco*), OK 29 mei 2009, ARO 2009, 84 (*Triple E*).

⁵⁹⁷ OK 4 maart 2008, ARO 2008, 51 (*ICTrack*), OK 16 maart 2011, ARO 2011, 52 (*EMB*), OK 21 mei 2012, ARO 2012, 78 (*Verf- en Behanghal*).

⁵⁹⁸ OK 3 mei 2006, ARO 2006, 97 (*Bonne Route Holding*), OK 9 mei 2006, ARO 2006, 99 (*TriQorp*), OK 17 februari 2011, ARO 2011, 38 (*Ambiente*), OK 25 april 2012, ARO 2012, 68 (*Butôt Holding*).

⁵⁹⁹ OK 23 januari 2004, ARO 2004, 20 (*Trial*), OK 18 augustus 2005, ARO 2005, 161 (*Dubbelhuis en De Olde Molen*), OK 24 februari 2012, ARO 2012, 30 (*Cerflex*), OK 19 april 2012, ARO 2012, 62 (*VOC*).

⁶⁰⁰ OK 16 april 2004, ARO 2004, 57 (*Uit Agenda*), OK 30 mei 2006, ARO 2006, 105 (*B.W.I.*), OK 8 augustus 2005, ARO 2006, 151 (*Bonne Route Holding*), OK 20 juni 2007, ARO 2007, 110 (*CBR*), OK 17 februari 2011, ARO 2011, 38 (*Ambiente*), OK 16 maart 2011, ARO 2011, 52 (*EMB*), OK 1 juni 2012, ARO 2012, 84 (*DOS*).

⁶⁰¹ OK 17 augustus 2005, ARO 2005, 168 (*Schruns*).

⁶⁰² OK 13 april 2004, ARO 2004, 54 (*Cebepe*).

sluitvorming),⁶⁰³ strijd met reglement en terzake gedane toezeggingen,⁶⁰⁴ niet marktconform gedrag⁶⁰⁵ (uitkeringen, privé onttrekkingen),⁶⁰⁶ malversaties,⁶⁰⁷ inbreuken op de belangen van de minderheidsaandeelhouder⁶⁰⁸ (grove miskenning,⁶⁰⁹ geen opening van zaken),⁶¹⁰ transacties terwijl vennootschap activiteiten heeft gestaakt⁶¹¹ en miskenning van regels en strekking van Nederlands vennootschapsrecht.⁶¹²

Dit zijn situaties die vertaalbaar zijn naar personenvennootschappen en die zich in de praktijk ook voordoen.

Onvoldoende zijn: als de gevraagde voorziening onvoldoende gemotiveerd, gespecificeerd of onjuist is,⁶¹³ als de gevraagde voorziening niet noodzakelijk is in

⁶⁰³ OK 19 mei 2004, ARO 2004, 76 (*Welgelegen*), OK 6 juni 2006, ARO 2006, 107 (*Park-line Holding*), OK 4 februari 2008, ARO 2008, 38 (*Focwa*).

⁶⁰⁴ OK 3 september 2012, ARO 2012, 130 (*Pebblestone*).

⁶⁰⁵ OK 19 juli 2005, ARO 2005, 118 (*Bouwbuuro*).

⁶⁰⁶ OK 29 juli 2005, ARO 2005, 146 (*Maroeska Metz*), OK 20 februari 2012, ARO 2012, 28 (*Mojo Theater*), OK 24 februari 2012, ARO 2012, 30 (*Cerflex*), OK 19 april 2012, ARO 2012, 62 (*VOC*), OK 1 juni 2012, ARO 2012, 84 (*DOS*), OK 24 juli 2012, ARO 2012, 111 (*Dixberg*).

⁶⁰⁷ OK 27 april 2012, ARO 2012, 65 (*Greenchoice*), OK 13 juni 2012, ARO 2012, 95 (*Steltix*).

⁶⁰⁸ OK 23 juli 2004, ARO 2004, 97 (*Costa Rica Project Management*), OK 18 augustus 2004, ARO 2004, 106 (*CNA*), OK 7 november 2008, ARO 2008, 170 (*Principal*), OK 30 oktober 2009, ARO 2009, 161 (*Cancun Holding*).

⁶⁰⁹ OK 17 augustus 2005, ARO 2005, 168 (*Schrums*), OK 25 april 2012, ARO 2012, 68 (*Butôt Holding*).

⁶¹⁰ OK 23 juli 2004, ARO 2004, 97 (*Costa Rica Project Management*), OK 13 december 2011, ARO 2012, 5 (*Leidsestraat Apotheek*), OK 1 juni 2012, ARO 2012, 84 (*DOS*).

⁶¹¹ OK 19 november 2008, ARO 2008, 185 (*Mens & Werk Beheer*).

⁶¹² OK 4 augustus 2005, ARO 2005, 166 (*NIBO*), OK 7 november 2008, ARO 2008, 170 (*Principal*), OK 10 december 2008, ARO 2009, 1 en OK 12 januari 2010, ARO 2010, 24 en HR 16 april 2010, ARO 2010, 65, concl. A-G Timmerman (*AHAM*), OK 20 mei 2009, ARO 2009, 79 (*TFE*), OK 28 juni 2011, ARO 2011, 107 (*Waterspreng*), OK 24 februari 2012, ARO 2012, 30 (*Cerflex*).

⁶¹³ OK 1 februari 2006, ARO 2006, 46 (*S. van Baarsen Halfweg*), OK 30 augustus 2006, ARO 2006, 152 (*MS Beheer*), OK 30 augustus 2006, ARO 2006, 153 (*Q-Meat*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 45 (*Bleijlevens Heerlen*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 46 (*ITPB*), OK 5 april 2007, ARO 2007, 69 (*Heerseweg*), OK 16 juli 2007, ARO 2007, 122 (*Technoton*), OK 19 juli 2007, ARO 2007, 123 (*T&S ZO*), OK 5 november 2007, ARO 2007, 172 (*FHP*), OK 27 november 2007, ARO 2007, 190 (*B&A Holding*), OK 24 april 2008, ARO 2008, 86 (*Van Loon Assurantiën*), OK 6 mei 2008, ARO 2008, 87 (*Van Lent Holding*), OK 9 mei 2008, ARO 2008, 91 (*Downwood*), OK 31 juli 2008, ARO 2008, 131 (*De Hoop*), OK 7 november 2008, ARO 2008, 168 (*BWZ Verhuur*), OK 7 november 2008, ARO 2008, 169 (*Triple A Holding*), OK 21 januari 2009, ARO 2009, 17 (*Blinckers*), OK 26 januari 2009, ARO 2009, 20 (*Dutch Infra Tech*), OK 16 februari 2009, ARO 2009, 43 (*Hycult*), OK 17 februari 2009, ARO 2009, 45 en HR 10 september 2010, ARO 2010, 140, concl. Timmerman (*Butôt Holding*), OK 12 maart 2009, ARO

het belang van het onderzoek of het belang of de toestand van de vennootschap,⁶¹⁴ niet met terugwerkende kracht, als het verslag onderzoekers binnen afzienbare termijn is te verwachten, als het treffen van voorzieningen eerder al werd afgewezen,⁶¹⁵ als onvoldoende aanleiding is om te oordelen dat besluiten klaarblijkelijk onredelijk zijn en voorts de materiële gevolgen van deze besluiten niet van dien aard zijn of niet te verwachten is dat zij tot onherstelbare gevolgen voor verzoekster zouden kunnen leiden,⁶¹⁶ c.q. de vennootschap zich tot herstel bereid heeft verklaard, dat verwacht kan worden of al heeft hersteld.⁶¹⁷

Verder: als de gevraagde voorzieningen weinig zinvol zijn en de kans op herstel van gezonde verhoudingen dermate klein te achten is dat daarin geen rechtvaardiging kan worden gevonden voor het treffen van een onmiddellijke voorziening.⁶¹⁸ Als de gewraakte transacties in juridische zin zijn uitgevoerd en voltooid

2009, 49 en HR 10 september 2010, ARO 2010, 143, concl. Timmerman (*LCI*), OK 16 maart 2009, ARO 2009, 56 (*Adfi-Sto*), OK 4 mei 2009, ARO 2009, 68 (*La Cassero-le*), OK 3 juli 2009, ARO 2009, 115 (*CRV Beheer*), OK 20 januari 2010, ARO 2010, 23 (*Desmar*), OK 3 maart 2010, ARO 2010, 49 (*Océ*), OK 23 maart 2010, ARO 2010, 52 (*Fairmount*), OK 12 april 2010, ARO 2010, 62 (*Almatis*), OK 15 april 2010, ARO 2010, 64 (*SIV*), OK 29 april 2010, ARO 2010, 72 (*Celco*), OK 3 mei 2010, ARO 2010, 82 (*Mulix*), OK 10 juni 2010, ARO 2010, 93 (*BAE*), OK 23 juni 2010, ARO 2010, 101 (*Fast Start*), OK 16 juli 2010, ARO 2010, 112 (*Boon*), OK 3 november 2010, ARO 2010, 159 (*EADS*), OK 17 januari 2011, ARO 2011, 20 (*TCE*), OK 31 januari 2011, ARO 2011, 22 (*De Drie Bataven*), OK 31 januari 2011, ARO 2011, 29 (*A&D*), OK 11 februari 2011, ARO 2011, 35 (*Reason Why*), OK 17 maart 2011, ARO 2011, 54 (*BGHB*), OK 24 maart 2011, ARO 2011, 62 (*Ulyanovsk*), OK 1 april 2011, ARO 2011, 64 (*SenseMakers*), OK 21 juli 2011, ARO 2011, 115 (*Dyna*), OK 14 september 2011, ARO 2011, 141 (*Van Seenus*), OK 29 september 2011, ARO 2011, 148 (*RVDD Beheer*), OK 14 oktober 2011, ARO 2011, 161 (*Ogilvy*), OK 5 april 2012, ARO 2012, 55 (*Zadeko*), OK 22 mei 2012, ARO 2012, 80 (*CPS*), OK 21 juni 2012, ARO 2012, 108 (*Rofitec*).

⁶¹⁴ OK 23 januari 2004, ARO 2004, 20 (*Trial*), OK 13 april 2004, ARO 2004, 54 (*Cebepe*), OK 11 januari 2006, ARO 2006, 26 (*Finoren Holding*), OK 22 februari 2006, ARO 2006, 56 (*Carboply*), OK 7 maart 2008, ARO 2008, 55 (*Venema en Noppe*), OK 13 maart 2008, ARO 2008, 58 (*Transportbedrijf De Boer*), OK 24 december 2009, ARO 2010, 5 (*Yachtcontrol*), OK 28 juni 2011, ARO 2011, 107 (*Waterspreng*), OK 16 november 2012, ARO 2012, 161 (*RTS*).

⁶¹⁵ OK 1 augustus 2005, ARO 2005, 148 (*Dyna Music*).

⁶¹⁶ OK 13 oktober 2006, ARO 2006, 171 (*Makelaarskantoor H. Post*), OK 27 december 2006, ARO 2007, 4 (*Woudwood*), OK 4 juni 2009, ARO 2009, 85 (*International Kessel*), OK 16 november 2012, ARO 2012, 161 (*RTS*).

⁶¹⁷ OK 22 november 2007, ARO 2007, 189 (*Zondervan Beheer*), OK 27 november 2007, ARO 2007, 190 (*B&A Holding*), OK 28 november 2007, ARO 2007, 193 (*Carboply*), OK 27 december 2007, ARO 2008, 7 (*Flexchemie*), OK 8 februari 2008, ARO 2008, 39 (*AGT*), OK 2 februari 2009, ARO 2009, 32 (*STAK Bloem*), OK 21 augustus 2009, ARO 2009, 128 (*Exodus Holding*), OK 28 april 2010, ARO 2010, 71 (*Cancun*), OK 17 september 2010, ARO 2010, 141 (*White Sea*), OK 27 december 2011, ARO 2012, 6 (*HSG*).

⁶¹⁸ OK 8 mei 2009, ARO 2009, 76 (*SEQ Nederland*), OK 21 juni 2012, ARO 2012, 108 (*Rofitec*).

en strijd met wettelijke bepaling slechts kan resulteren in een geldvordering en enkele vaststelling van schending de reikwijdte van artikel 2:349a lid 2 BW te buiten gaat.⁶¹⁹ En als marginale belangenafweging onder toepassing van regels van vennootschapsrecht leidt tot de conclusie dat handelen van bestuur te billijken is⁶²⁰ of er geen aanwijzing is dat het bestuur zijn taak heeft veronachtzaamd of miskend dan wel die taak zodanig heeft vervuld dat geen redelijk handelend bestuurder de gevolgde handelwijze had kunnen kiezen met het oog op de betrokken belangen.⁶²¹

Vraag in dit boek is, gelet op deze criteria, wat verder – in aansluiting op hetgeen al werd opgemerkt over duurzame ontwrichting, noodsituaties, schaden van het belang van de vennootschap, etc. – *in het systeem* gelet op de onderlinge verhouding tussen artikel 2:8, 2:9, 6:2, 6:248, de wettelijke geschillenregeling, het enquêterecht materieel rechtvaardigt, en onder welke voorwaarden gerechtvaardigd is, dat wordt ingegrepen in de besloten ledenverhouding en hoe zich de daarbij eventueel betrokken belangen, acties en procedures qua inhoud en vorm in relatie tot het fenomeen van de scheidingsmelding en opzegging zich tot elkaar verhouden.

4 Uitgangspunten

4.1 Opzegging, ontbinding, verdeling

Over deze vragen handelt dit boek, dat uitgaat van een bepaalde samenhang tussen belang, open norm en juridische actie of rechtsvordering, en dat deze vragen vanuit deze samenhang probeert te beantwoorden voor personenvennootschap, ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’, flex-B.V. en besloten coöperatie, op basis van een vijftal uitgangspunten, waarvan de eerst over betekenis van de aard van de rechtsverhouding bij vragen van interpretatie, kwalificatie en uitleg hierboven in paragraaf 1.5 werd geformuleerd.

Voorafgaand evenwel aan de formulering van de vier andere wordt hier kort stil gestaan bij een interessante voor dit boek relevante verwijzing in de memorie van toelichting bij de invoering van de wettelijke geschillenregeling.⁶²² Verwezen wordt daar naar het Rapport van de Commissie Vennootschapsrecht over de besloten vennootschap van 28 april 1969 van de hand van Van der Grinten,⁶²³ waarin hij schrijft:

⁶¹⁹ OK 9 februari 2009, ARO 2009, 35 (*Fortis*).

⁶²⁰ OK 23 januari 2009, ARO 2009, 18 (*MGC*).

⁶²¹ OK 17 februari 2009, ARO 2009, 44 (*Lycos*).

⁶²² TK, 1984-1985, 18 905, nrs. 1-3, p. 7.

⁶²³ Bijlage I MvT Ontwerp van wet op de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, TK 1969-1970, 10 689.

‘Ten aanzien van artikel 24 van dit ontwerp (dat bepaalt: ‘op verzoek van een of meer houders van aandelen die gezamenlijk tenminste een derde gedeelte van het uitstaande kapitaal vertegenwoordigen ofwel een zoveel geringer bedrag als bij de statuten is bepaald, kan de Ondernemingskamer bij het Gerechtshof te Amsterdam de vennootschap ontbinden op grond van gewichtige redenen.’, toevoeging P) heeft één lid der commissie een afwijkende opvatting. Zijns inziens dient in het belang van de continuïteit van de vennootschap en van de betrokken werknemers in het ontwerp naast de mogelijkheid van ontbinding ook de mogelijkheid van gedwongen uitkoop van een minderheid der aandeelhouders op grond van gewichtige redenen te worden geopend. De waardebeoordeling van de aandelen zou daarbij op overeenkomstige wijze kunnen worden geregeld als in artikel 11 van het ontwerp is geschied. De grootst mogelijke meerderheid van de commissie is van oordeel, dat voor zulk een voorziening onvoldoende aanleiding bestaat. De praktische betekenis van de ontbindingsmogelijkheid acht zij in het bijzonder hierin gelegen, dat de betrokkenen tot een redelijk overleg komen.’

De mogelijkheid van ontbinding door de Ondernemingskamer – nog steeds een van de voorzieningen ex artikel 2:356 BW – wordt hier gezien als een soort drukmiddel – een ‘ultimum remedium’ – op het voeren van redelijk overleg. Het is zonder moeilijk uitvoerbaar nader onderzoek niet vast te stellen of deze benadering werkt.⁶²⁴ Ongetwijfeld heeft zij in voorkomende gevallen betekenis (gehad), soms ook zeker niet.⁶²⁵ Zelfs als de vennootschap grote liquiditeitsproblemen heeft en door een impasse als gevolg van interne tegenstellingen financiering niet mogelijk lijkt, kan een enquête en het in dat kader in te stellen onderzoek volgens de Ondernemingskamer nog wel leiden tot een uitweg en het herstel van gezonde verhoudingen.⁶²⁶ (Anders kan, zo geeft de Ondernemingskamer in de kwestie *In Venture Capital/Elenses B.V.* aan partijen mee mee, liquidatie nog de – relatief – beste oplossing blijken te zijn.)⁶²⁷

Er zijn meer kanttekeningen te plaatsen bij de idee van ontbinding ‘als ultimum remedium’, als praktisch drukmiddel op het voeren van redelijk overleg. Ten eerste de vraag of de dreiging van de ontbinding als ‘ultimum remedium’ in de praktijk ook buiten en eventueel voorafgaand aan een gang naar de Onderne-

⁶²⁴ Indien de informatie correct is dat tachtig procent van de zaken voor de Ondernemingskamer alsnog wordt geschikt, dan is dat op zichzelf te waarderen, maar niet te beschouwen als uitdrukking van ‘redelijk overleg’.

⁶²⁵ OK 20 januari 2012, ARO 2012, 16 (*Mulix*). Vgl. OK 5 maart 2003, ARO 2003, 51 (*Makelaardij Huis 77*), OK 7 maart 2003, ARO 2003, 52 (*Willem III Meubilerij Beheer*).

⁶²⁶ Zie voor geval waarin de gang van zaken rond financiering ‘in omgekeerde zin’ wordt getoetst OK 11 april 2007, ARO 2007, 70 (*Prins Holding*).

⁶²⁷ Vgl. bijvoorbeeld OK 10 januari 2002, ARO 2002, 8 (*In Venture Capital/Elenses B.V.*).

mingskamer door partijen zo wordt verstaan. Dat kan worden betwijfeld. Ten tweede geldt dat met de ontbinding als ‘ultimum remedium’ in het perspectief van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, net als bij de regeling van de gedwongen uitstoting, voor het zover is belangrijke tijd verstrijkt.

Daarmee is – ten derde – het normatieve kader in de aanloop naar de veronderstelde ontbinding relevant alsook de instrumenten waarmee in de aanloop op die vooralsnog hypothetische ontbinding door partijen voor hun belangen kan worden opgekomen. Een dergelijk instrument wordt onder andere gevormd door de mogelijkheid van het vragen van onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in artikel 2:349a lid 2 BW. Vraag is of opzegging daar een rol speelt. Ten vierde is de benadering tamelijk passief: er kan grote behoefte bestaan de houding van partijen eerder te laten toetsen dan het uiteindelijk op de ontbinding te laten aankomen. Bovendien zou ontbinding op zichzelf ook schadelijk kunnen zijn voor bij de onderneming betrokken belangen zoals werkgelegenheid.⁶²⁸

In de toelichting bij de artikelen 23 tot 27 van het ontwerp uit 1969 wordt vervolgens opgemerkt dat de rechterlijke ontbinding om gewichtige redenen ook bij de maatschap bekend is en dat het goede zin heeft om zulk een regeling ook voor de besloten vennootschap in de wet op te nemen. Er staat dan dat de besloten vennootschap met twee of drie aandeelhouders een figuur kan zijn die materieel de vennootschap onder firma of de commanditaire vennootschap dicht nadert. Anno 2013 is er nog veel dat voor die stelling pleit, mede in aanmerking genomen de invoering van de flex-B.V., hetgeen ook nog blijkt uit het vervolg van de hoofdstukken hierna.

Hierbij zijn tenminste drie kanttekeningen te maken. Ten eerste – zoals in de tweede paragraaf van dit boek al opgemerkt – wordt de hoofdregel van artikel 7A:1683 sub 3 BW dat opzegging tot ontbinding leidt overwoekerd door de uitzonderingen, al was het maar vanwege de meestentijds afwijkende contractuele regelingen. Opzegging leidt niet steeds tot ontbinding. Hierop wordt in hoofdstuk 2, paragraaf 3.2 e.v. nog terug gekomen. Ten tweede is ontbinding om gewichtige redenen ook bij de maatschap ‘ultimum remedium’ en rijst ook daar de vraag naar het normatieve kader van de verhouding tussen partijen die aan de ontbinding als ‘ultimum remedium’ vooraf gaat. Ten derde: eigenlijk zijn er voor de beoordeling voor de verhouding tussen partijen en de manier waarop zij zich opstellen als hoofdregel twee relevante periodes te onderkennen, te weten ten eerste de periode tussen de opzegging en de ontbinding van hun relatie in verbintenisrechtelijk opzicht – de opzegtermijn – en de periode na de ontbinding waarin verdeling aan de orde is.

⁶²⁸ Slagter 1967, p. 123.

‘Ontbinding’ is dan een verbintenisrechtelijk begrip. Ontbinding kan daaruit bestaan dat de gehele rechtsverhouding wordt ontbonden, dan wel dat bijvoorbeeld alleen de relatie met degeen die uittreedt wordt ontbonden. ‘Verdeling’ of ‘vereffening’ is dan in eerste instantie een goederenrechtelijk begrip, dat terugkomt in de op de goederenrechtelijk geïnstigende verdelingsregeling van Afdeling 2 van Titel 7 van Boek 3 BW, van artikel 3:178/182 BW e.v. en van artikel 677 Rv dat de verdeling via de rechter voor een notaris en eventueel een onzijdig persoon als bedoeld in artikel 3:181 BW regelt.

In de opzegtermijn zou in principe in de feitelijke inzet ten behoeve van de samenwerking geen verandering moeten optreden. Pas als die termijn is verstreken, worden consequenties van de opzegging *in de vorm van verdeling* in de interne en externe verhoudingen zichtbaar. Even los van het feit dat er al eerder extern mededeling kan worden gedaan van een aanstaande verdeling en men daardoor daarvan op de hoogte is.

In beide periodes is de onderlinge verhouding kwetsbaar voor allerlei chicanes en opportunistisch gedrag. De benadering van deze problematiek in besloten ledenverhoudingen in personenvennootschappen en rechtspersonen loopt uiteen. Kort, simpel en ongenueanceerd: besloten ledenverhoudingen in rechtspersonen kunnen niet worden opgezegd, wél bestaat daar de mogelijkheid van een gang naar een gespecialiseerde rechter: de Ondernemingskamer, ook in spoedeisende situaties.⁶²⁹ Besloten ledenverhoudingen in personenvennootschappen kunnen als ‘overwoekerde’ hoofdregel worden opgezegd, de mogelijkheid bestaat van een gang naar een niet gespecialiseerde rechter voor geschillen naar aanleiding van en rond de opzegging, de mogelijkheid bestaat voorts van een gang naar een rechter die functioneert binnen een goederenrechtelijk georiënteerde regeling als het gaat om geschillen rond verdeling. Een notaris en eventueel een door de rechter te benoemen persoon ‘begeleiden’ het proces.

Beslagmaatregelen moeten de positie een vennoot versterken en kunnen steeds worden gevraagd, maar de vraag om die maatregelen wordt niet beoordeeld door een rechter die geverseerd is in het vennootschapsrecht, nog daargelaten dat die maatregelen niet bedoeld zijn om gezond functioneren van de vennootschap te dienen.

Belangrijkste bezwaren uit de praktijk zijn dus samengevat de duur van de procedures, de niet gespecialiseerde rechter, de niet gespecialiseerde personen die het proces begeleiden, het ‘tafellaken/servet-probleem’ en het gemis van voorzieningen die de Ondernemingskamer wel kan treffen.

⁶²⁹ Zie Klaassen 2010/1 en 2 over onderzoeken die naar kwaliteit en functioneren van gespecialiseerde rechters zijn gedaan en over de positieve resultaten van die onderzoeken.

Gesteld nu dat de kennelijk gemaakte keuzes op het gebied van conflicten en conflictbeheersing in besloten ledenverhoudingen met de kennis van nu – ontwikkelingen op het gebied van procesvoering en mediationstechnieken hebben sinds 1969, de datum van het aangehaalde rapport, en 1989, het jaar van invoering van de wettelijke geschillenregeling, tot heden niet stil gestaan – worden overgedaan. Gesteld dat wordt uitgegaan van op elkaar gelijkende figuren – personenvennootschappen aan de ene kant en flex-B.V./‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’/ besloten coöperatie aan de andere kant, kortom: van besloten ledenverhoudingen.

Gesteld voorts dat de nadruk in die besloten verhoudingen primair moet liggen op het belang van de vennootschap en de verbonden onderneming (i.e. continuïteit,⁶³⁰ werknemers,⁶³¹ schuldeisers, etc.)⁶³² en op het beheersen van conflicten en het voorkómen en beperken van schade in welke vorm ook.⁶³³

Dan rijst voor personenvennootschappen zowel als voor kapitaalvennootschappen (in verhoudingen waarop de wettelijke geschillenregeling van de artikelen 2:336 en 343 BW van toepassing is) de vraag op welke wijze adequate interventie – dus effectief en proportioneel – in geschillen in besloten verhoudingen, vooruitlopend op de altijd nog mogelijke ontbinding wegens gewichtige redenen – bijvoorbeeld om doeleinden van sanering⁶³⁴ of beëindiging van een ge-

⁶³⁰ OK 8 september 2005, ARO 2005, 186 (*Smit Transformatoren*), OK 10 januari 2008, ARO 2008, 20 (*PCM*), OK 5 maart 2008, ARO 2008, 53 (*Kalf Beheer*).

⁶³¹ OK 8 september 2005, ARO 2005, 186 (*Smit Transformatoren*) voor opstelling ondernemingsraad.

⁶³² Macijer 1964, Noldus 1969, p. 191 e.v. Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 11 maart 1983, NJ 1984, 394 (*Kuiken Brabant*), Hof Amsterdam (OK) 13 juli 1983, NJ 1984, 570, 571 (*Hyster*), Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (*Amstelland*), OK 19 oktober 2001, JOR 2002, 5 (*SkyGate*), OK 15 november 2001, JOR 2002, 6 (*Decidewise*), OK 29 november 2002, JOR 2003, 8 (*Alcas*), OK 11 april 2007, ARO 2007, 70, JOR 2007, 180 (*Prins Holding*) en HR 25 februari 2011, NJ 2011, 335 (*Inter Access Groep*).

⁶³³ Rijken 1994, p. 12. Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 1958, NJ 1958, 624 (*Winters/Winters*): 'dat na beëindiging van de vennootschap ingevolge de opzegging van geïntimeerde het vermogen van de vennootschap gemeenschappelijk vermogen van pp. bleef en pp. op grond van de goede trouw tegenover elkander gehouden waren dit vermogen zo goed mogelijk te beheren en mitsdien – waar dit vermogen bestond uit een handelsonderneming – de onderneming voort te zetten; O. dat derhalve geïntimeerde gehouden was, na de beëindiging van de vennootschap zijn medewerking te verlenen aan de voortzetting der onderneming en de omstandigheid dat hij zich overeenkomstig die verplichting heeft gedragen, uiteraard niet onverenigbaar is met zijn wil om de vennootschap te beëindigen;'.
⁶³⁴ Concl. A-G Timmerman onder 4.35 bij HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107 (*KPNQwest*).

schil⁶³⁵ –, met gebruik van welk instrumentarium en met welke argumenten kan worden vervroegd.⁶³⁶

Om deze problematiek binnen de beschrijving van de samenhang tussen belang en actie te kunnen ‘vangen’ wordt voor het vervolg van dit boek uitgegaan van een vijftal uitgangspunten dat ten grondslag ligt aan de hierna in paragraaf 5 te verantwoorden opzet. Eén is er al in paragraaf 1.5 geformuleerd, de vier overige volgen hierna, steeds vergezeld van een voorbeeldcasus.

4.2 Tweede uitgangspunt: opzegging en ontwrichting

Hierboven werd geconstateerd dat de gedwongen uitstoting volgens de wettelijke geschillenregeling als maatregel, geïsoleerd beschouwd, per definitie te laat is. In het vervolg van dit boek te toetsen stelling – uitgaande van een besloten samenwerking tussen twee aandeelhouders in een B.V. – is dat vervroeging van het moment waarop een geschil tussen die aandeelhouders aan een rechter of arbiter ter toetsing kan worden voorgelegd, kan worden bewerkstelligd door aansluiting te zoeken bij de mogelijkheid van opzegging ‘van de besloten leden-verhouding’ en de daaraan, alsook aan de reactie daarop, te verbinden rechtsgevolgen.

Uitgangspunt in deze benadering is dat de rechter, arbiter en bemiddelaar bij de beoordeling van de mogelijkheid van opzegging en de daaraan verbonden consequenties in die verhouding aansluiting zoeken bij de aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding waarin aandeelhouders tot de vennootschap tot elkaar staan om vervolgens van daaruit de opzegging en de verbonden rechtsgevolgen te analyseren.

Om dit uitgangspunt te verduidelijken volgt hier een voorbeeld, waarop allerlei varianten mogelijk zijn die in het vervolg van dit boek nog aan de orde komen.

⁶³⁵ OK 17 juni 2010, ARO 2010, 98 (*Allstar*), r.o. 3.14: ‘met Mipe ziet de Ondernemingskamer geen andere wijze waarop de slepende strijd tussen AS Holding/Slik en Mipe/Michielsen kan worden beëindigd dan door ontbinding en vereffening van Allstar.’

⁶³⁶ Ook Bulten 2011/2, p. 6, wijst op het belang van snelheid: ‘aan de verstoorde verhouding moet door een rechterlijk ingrijpen zo spoedig mogelijk een einde komen. Deze snelheid mag op haar beurt weer niet ten koste gaan van de zorgvuldigheid van de procedure.’ Vgl. voor voorbeelden van slepende conflicten: OK 9 oktober 2002, ARO 2002, 154 (*Crescendo*), r.o. 3.2 - 3.5, HR 4 oktober 2002, ARO 2002, 160 (*Zwagerman*), OK 13 februari 2003, ARO 2003, 40 (*Hooymans*), OK 24 april 2003, ARO 2003, 77 en OK 15 maart 2005, ARO 2005, 41 (*Emba*) en Rb. Den Haag 23 mei 2012, JOR 2012, 246, nt. Bulten (*Emba*), vzr. Rb. Arnhem 18 juni 2003, ARO 2003, 172 en ARO 182 (*MPC Holding/Amigo Holding en Marinello Beheer*). Vgl. de verzuchting van Josephus Jitta in zijn noot onder 1 laatste regels bij Rb. Arnhem 22 juni 2011, JOR 2001, 358 (*Houtman q.q./Luik en Clercx*) en noot Jager onder 1 bij Rb. Zwolle-Lelystad 27 juni 2012, JOR 2012, 249 (*Meepo Holding/Meefout*).

Het voorbeeld is ontleend aan de uitspraak van de Rechtbank Zutphen d.d. 25 april 2012, JOR 2012, 179 (*Dijkhaas B.V./Ruitenberg*). Hierbij geldt – het zij herhaald – dat opzegging niet het enige thema is van dit boek maar dat het geplaatst wordt in een breder perspectief.

Voorbeeldcasus II ('De Haas/Ruitenberg')

Bestuurder van Dijkhaas B.V. is De Haas. Dijkhaas B.V. houdt 25% van de aandelen in Ruitenberg Ingredients B.V. (hierna: 'de vennootschap'). De overige 75% van de aandelen worden gehouden door Stichting administratiekantoor Ruitenberg Ingredients en Ruitenberg. Voor de eenvoud wordt er in het vervolg vanuit gegaan dat De Haas 25% en Ruitenberg 75% van de aandelen in de vennootschap houdt.

De Haas is op 18 februari 1988 als controller in dienst getreden van de vennootschap. De Haas is midden jaren negentig benoemd tot statutair directeur van de vennootschap.

Ruitenberg was tot aan de benoeming van De Haas enig en zelfstandig bevoegd bestuurder van de vennootschap.

In de loop van 2009 zijn tussen De Haas en Ruitenberg verschillen van inzicht ontstaan over het in de vennootschap te voeren beleid. Deze verschillen van inzicht bleken onoverbrugbaar en hebben ertoe geleid dat De Haas op 15 december 2010 door vergadering van aandeelhouders van de vennootschap met ingang van 31 december 2010 'eervol' is ontslagen als bestuurder van de vennootschap.

De arbeidsovereenkomst tussen De Haas en de vennootschap is eveneens beëindigd per 31 december 2010.⁶³⁷ Ruitenberg is met ingang van 15 december 2010 benoemd tot statutair directeur van de vennootschap.

Naar aanleiding van dit ontslag is tussen De Haas en de vennootschap op 17 december 2010 een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarbij aan De Haas een beëindigingsvergoeding van € 1 miljoen is toegekend, De Haas voorts is ontslagen van een eventueel uit hoofde van de arbeidsovereenkomst geldend concurrentiebeding en aan De Haas is toegezegd dat de vennootschap het ertoe zal leiden dat aan De Haas door de vergadering van aandeelhouders van de vennootschap decharge zal worden verleend ter zake het door De Haas in 2010 gevoerde bestuur.

⁶³⁷ Vgl. voor situatie waarin ontslag als bestuurder en beëindiging van managementovereenkomst niet leidde tot gegronde reden om aan juist beleid twijfelen, maar waarin wel werd gerefereerd aan 'karaktertrekken van een maatschap' OK 18 mei 2004, ARO 2004, 75 (*Van Ginneken Makelaardij*).

De Haas en Ruitenberg komen niet tot overeenstemming over verkoop en eigendomsoverdracht van de door De Haas gehouden aandelen in de vennootschap aan Ruitenberg.

De Haas vordert voor de Rechtbank te Zutphen ex artikel 2:343 BW de overname door Ruitenberg van de door de De Haas gehouden aandelen.

De Haas voert daartoe aan dat hij zonder deugdelijke reden door Ruitenberg is ontslagen, dat het resultaat over 2010 is gedaald van € 2 miljoen naar € 173.000,-, dat in de jaarcijfers opgenomen voorzieningen ongegrond zijn, dat op twee substantiële waarderingen het nodige is af te dingen, etc. en dat Ruitenberg daarmee voorbij gaat aan het belang van De Haas. De Haas stelt voorts dat hij door de boekhoudkundige ingrepen in de jaarrekening van 2010 over dat jaar geen dividend en winstbonus zal ontvangen. Toegang tot een informatiesysteem is in april 2011 geblokkeerd en door Ruitenberg op een aandeelhoudersvergadering van 24 mei 2011 aan De Haas blijvend geweigerd. Een toezegging van Ruitenberg om maandelijks een aandeelhoudersvergadering te houden is niet nagekomen, etc. Alles volgens De Haas.

De Haas stelt voorts dat hij de aandelen aanvankelijk heeft kunnen kopen omdat hij directeur van de vennootschap was.

De Rechtbank bespreekt de verwijten van De Haas in het vonnis onder de rechtsoverwegingen 5.1 tot en met 5.25 in combinatie met de weren van Ruitenberg uitgebreid en komt tot de conclusie dat De Haas onvoldoende, althans onvoldoende onderbouwd heeft gesteld om te kunnen concluderen dat hij door gedragingen van Ruitenberg zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd.

Het gaat hier niet om de manier van procederen en de opmerkingen die daarover of bij de inhoudelijke afwegingen van de Rechtbank vanuit dogmatisch of praktisch perspectief mogelijk te plaatsen zijn, maar puur en alleen om de functie die de opzegging, anders dan ontbinding, kan hebben.

Wat kan die functie zijn? Opzegging van de aandeelhoudersrelatie met als gevolg de overname door Ruitenberg van de door De Haas gehouden aandelen is problematisch vanwege het ontbreken van wettelijke en mogelijk ook overige grondslag. Duidelijk is wel dat er met de in de loop van 2009 tussen De Haas en Ruitenberg rijzende verschillen van inzicht uitlopend op het door Ruitenberg aan De Haas gegeven ontslag als bestuurder iets verandert in het karakter van hun onderlinge verhouding die aanvankelijk door een zekere mate van vertrou-

wen gekenmerkt is geweest.⁶³⁸ Zonder dat vertrouwen zou Rutenberg De Haas niet als bestuurder hebben benoemd en zonder dat vertrouwen zou het vanuit wederzijds perspectief van een minderheidsparticipatie van 25% door De Haas niet zijn gekomen.

Het aanvankelijke vertrouwen – een belangrijke rol spelend in de totstandkoming van besloten verhoudingen en gedurende het bestaan er van – is komen te ontbreken, zoals ook blijkt uit de voor de Rechtbank Zutphen gevoerde procedure.

Stel nu dat De Haas met het gegeven van het komen te ontbreken van vertrouwen ‘iets doet’ doordat hij onmiddellijk na het hem door Rutenberg gegeven ontslag de besloten verhouding aan Rutenberg opzegt. Is dat dan rechtens irrelevant of heeft dat een zekere juridische betekenis? Dat sprake is van een besloten verhouding is op zich zelf beschouwd rechtens wel relevant. Dat blijkt reeds uit de verbonden consequenties in het geval sprake zou zijn van een maatschap waarin de factor vertrouwen een belangrijke rol speelt – zie hierover hoofdstuk 2, paragraaf 3 e.v. Het blijkt in het bijzonder uit de jurisprudentie van de Ondernemingskamer.

Gedachte hier is dat ook de opzegging van de besloten verhouding juridische relevantie heeft in de zin dat De Haas daardoor aan Rutenberg bevestigt dat ook wat hem betreft de verhouding met Rutenberg niet langer kwalificeert als besloten – waarvoor de geschillen en het ontslag door Rutenberg van De Haas als bestuurder al een eerste aanzet gaven – maar dat hun relatie nu ook op aandeelhoudersniveau ‘open’ is geworden. Dat ‘open’ karakter houdt in dat waarvoorafgaand aan de beide opzeggingen de materieel besloten verhouding nog overeenstemde met het formeel besloten karakter van de betreffende B.V., dat nadien niet meer zo is: het karakter van de onderlinge rechtsverhouding is gewijzigd, van streving naar verdeling, zij het dat die verdeling zolang het aandeel van De Haas niet is of kan worden overgedragen aan Rutenberg of een derde, niet geëffectueerd is of kan worden, althans niet zonder meer.

⁶³⁸ Vgl. voor expliciete verwijzing naar ontbreken vertrouwensbasis OK 28 augustus 2008, ARO 2008, 138 (*Heem Estate*), OK 20 januari 2009, ARO 2009, 15 (*Barcofra*), OK 17 juli 2009, ARO 2009, 121 (*Inquest Holding*), OK 25 augustus 2009, ARO 2009, 129 (*Biotempt*), OK 14 september 2009, ARO 2009, 136 (*Rofitec Group*), OK 13 november 2009, ARO 2009, 178 (*SKB*) (breuk met OR), OK 17 augustus 2010, ARO 2010, 128 (*V&H*), OK 23 augustus 2010, ARO 2010, 130 (*Plano*), OK 29 september 2010, ARO 2010, 148 en OK 28 juli 2011, ARO 2011, 133 (*Königsberg*), OK 16 november 2010, ARO 2010, 170 (*2Link*), OK 8 december 2011, ARO 2012, 2 (*PHC*), OK 7 februari 2012, ARO 2012, 24 (*Chinese Workers*), OK 7 februari 2012, ARO 2012, 26 (*Pareto*), OK 4 juli 2012, ARO 2012, 109 (*Matchez*), OK 13 september 2012, ARO 2012, 135 (*Loonbedrijf*). Uit te breiden met uitspraken over verstoorde verhoudingen. Zie voor rol vertrouwen tussen joint venture partners OK 18 augustus 2004, ARO 2004, 106 (*CNA*).

Dat hoeft niet bezwaarlijk te zijn.

Geconstateerd zou dan kunnen worden dat waar beleid voeren ten aanzien van de vennootschap vóór het moment van de wijziging van de onderlinge rechtsverhouding van ‘besloten’ naar ‘open’ het resultaat was van onderlinge afstemming conform ieders verantwoordelijkheden in en zeker door vertrouwen gestut evenwicht, door de geschillen en het opvolgende ontslag van De Haas als bestuurder en door de aanstelling van Ruitenberg van zichzelf als bestuurder, Ruitenberg meerderheidszeggenschapshouder is geworden en de behartiging van de belangen van De Haas in vennootschapsverband is verschoven naar Ruitenberg als feitelijk en juridisch beleidsbepaler, en De Haas ‘belegger’ is geworden.

De opzegging door De Haas – in dit geval de bevestiging van de omzetting van ‘besloten’ naar ‘open’ direct na het door Ruitenberg aan De Haas gegeven ontslag – zou dan een zevental functies hebben, namelijk Ruitenberg:

- (1) te laten weten dat waar De Haas het niet eens is met het ontslag de besloten verhouding met Ruitenberg te gelden heeft als duurzaam ontwricht;
- (2) te bevestigen dat waar persoonlijke hoedanigheden, kwaliteiten en inzet van De Haas kennelijk niet aan het ontslag van De Haas als bestuurder in de weg staan, naar de opvatting van De Haas ook het besloten karakter op aandeelhoudersniveau is komen te vervallen en dat daarmee het karakter van het aandeelhouderschap beperkt is tot een beleggingsfunctie⁶³⁹ waarmee De Haas zich in overeenstemming met en na in achtneming van de geldende blokkeringsregeling (de ‘oude’ of de ‘nieuwe’ onder de flex regeling) vrij acht het aandeel aan een derde over te dragen – dit als hoofdregel;
- (3) er op te wijzen dat zolang die overdracht niet gerealiseerd is de achtergrond waartegen de samenwerking tot stand is gekomen alsook het opvolgend besloten karakter van die samenwerking een bijzondere zorgvuldigheidsplicht van de vennootschap (en dus van haar bestuurder tevens zijnde meerderheidsaandeelhouder) constitueert – mede houdende de verplichting van de vennootschap om belangenvermenging te voorkomen, aandeelhouders in gelijke positie gelijk te behandelen en daarover transparantie te betrachten,⁶⁴⁰ alsook dat nog steeds – gelet op de ook van de zijde van De Haas betrokken belangen – de verplichting be-

⁶³⁹ OK 8 februari 2007, ARO 2007, 34 (*De Benpuck*), r.o. 3.4, OK 28 oktober 2009, ARO 2009, 160 (*DWS Holding*), r.o. 3.3 en 3.4.

⁶⁴⁰ OK 15 november 2005, ARO 2005, 194 (*Global Green*).

staat naar beste vermogen een gemeenschappelijk gedragen beleid te bevorderen;⁶⁴¹

- (4) er op te wijzen dat de minderheidsaandeelhouder wat betreft waarde en rendement van zijn aandeel geen andere fluctuaties behoeft te accepteren dan die welke met de normale exploitatie van de met de vennootschap verbonden onderneming samenhangen;⁶⁴²
- (5) er op te wijzen dat de bewijslast ter zake het voldoen aan die zorgvuldigheidsplicht rust op Ruitenberg als meerderheidsaandeelhouder-tevens-bestuurder mede in aanmerking genomen door De Haas geformuleerde en te formuleren redelijke criteria zoals frequentie, inhoud en aard van door Ruitenberg te verstrekken informatie;
- (6) Ruitenberg geheel onnodig en dus ten overvloede alvast bij voorbaat persoonlijk verantwoordelijk en aansprakelijk te houden en te stellen voor alle schade die De Haas lijdt als gevolg van schending van jegens De Haas te betamen zorgvuldigheid door Ruitenberg, en de vennootschap voor die schade voorzienbaar geen verhaal biedt;
- (7) voorstellen te doen aangaande waarde- en prijsbepaling van de door De Haas gehouden aandelen en de persoon van een eventueel te benoemen deskundige en de daardoor te hanteren waarderingsmaatstaven voor het geval Ruitenberg (nog eens) bereid zou zijn de door De Haas gehouden aandelen over te nemen.

Het is een voorbeeld van een brief zoals die door advocaten gezonden wordt en herkenbaar voor hen en anderen. Nadeel van de brief – zeker op briefpapier van de advocaat – is dat Ruitenberg erdoor op de kast zit en er voorlopig niet meer afkomt. In een situatie dat aan conflictbeheersing moet worden gedaan, zal de toon anders moeten – dat is ook een taak waarvoor de bemiddelaar zich gesteld ziet. Een aantal elementen zal aan Ruitenberg wel duidelijk gemaakt moeten worden als ze dat al niet zijn – in het kader van de oplossing van de problematiek zowel als in het kader van de opbouw van het dossier. Het gaat nu echter eerst om de juridische techniek.

Opzegging van de besloten verhouding in de bedoelde betekenis heeft tot gevolg dat door en vanaf het moment van de opzegging door De Haas aan Ruitenberg de houding van de beide betrokken aandeelhouders – van de opzeggende en de opgezegde aandeelhouder en van de vennootschap – alsook een eventueel door De Haas later nog ex artikel 2:343 BW gevorderde uittreding toetsbaar zijn aan

⁶⁴¹ OK 28 december 2005, ARO 2006, 8 (*Noord*).

⁶⁴² OK 27 september 2005, ARO 2005, 182 (*Versatel*) r.o. 3.8.

op de omstandigheden van het geval toegespitste, in de opzeggingsbrief nader gespecificeerde criteria – die aan de rechter (de gewone rechter en de Ondernemingskamer) kunnen worden voorgelegd in het perspectief van een aldus welbepaald omslagpunt (hierna ook: ‘kantelmoment’).

Het betekent dat de opzegging zowel als de manier waarop met die opzegging wordt omgegaan beschouwd kunnen, mogen en moeten worden in het perspectief van veronderstelde juridisch relevante ‘actieve reflectie’ van *alle* betrokkenen op de eigen positie, die van de vennootschap en die van andere aandeelhouders. In wezen doet de opzegging hier ‘aan de achterkant’, wat goede afspraken aan de voorkant zouden moeten doen, namelijk scherp stellen op de (in het geval van opzegging intussen gewijzigde) uitgangspunten en doelstellingen van de onderlinge rechtsverhouding. Dat doet ook goede besluitvorming en notulering ‘tussendoor’. Goede scheidingsmelding is in dit opzicht niet bijzonder.

Het betekent – zie artikel 2:340 lid 3 BW dat bepaalt dat de rechter geen rekening houdt met een statutaire of contractuele prijsbepalingsregel voor zover deze tot een kennelijk onredelijke prijs leidt – dat de vraag of eventueel in statuten of contract opgenomen prijsbepalingsregels al dan niet redelijk zijn en de vraag of het redelijk is dat de peildatum zo dicht mogelijk bij de datum van overdracht ligt in een concreet perspectief komen te staan.⁶⁴³

Het betekent ook dat na de opzegging de wijze waarop met de ontstane situatie en de daarin betrokken belangen wordt omgegaan scherper aan de rechter kan worden voorgelegd. Het betekent voorts dat vanaf dat moment de positie van de Haas kantelt naar die van belegger/mogelijk toekomstige uittreder. In dat perspectief is dan te beoordelen of op enig moment aan de voorwaarden van artikel 2:343 BW wordt voldaan en of, en zo ja in hoeverre Ruitenberg nadien nog persoonlijk onrechtmatig handelt ten opzichte van De Haas. De door Willems in zijn bijdrage aan het preadvies van de Vereeniging ‘Handelsrecht’ 2011 opgesomde waslijst aan zorgen⁶⁴⁴ wordt hierdoor ingekort.

Uitdrukkelijk gaat het hier nog maar om een uitgangspunt. Alleen al de onder meer in paragraaf 1.5 maar ook daarna geconstateerde noodzaak van nuancering maakt dat hier niet bij voorbaat verwacht wordt dat in de idee van opzegging de heilige graal van de vennootschappelijke conflictbeheersing en -oplossing besloten ligt. Dat geldt niet voor personenvennootschappen en ook niet voor Boek 2 BW-rechtspersonen.

Dit laatste al was het maar omdat in gevallen van impasses en verstoorde verhoudingen de Ondernemingskamer ook andere maatregelen ten dienste staan,

⁶⁴³ Vgl. De Vries 2012, p. 106/107.

⁶⁴⁴ Willems 2011/2, p. 160-166.

zoals schorsing⁶⁴⁵ of ontslag van bestuurders of commissarissen,⁶⁴⁶ benoeming van een onafhankelijke bestuurder⁶⁴⁷ of commissaris (in een meer algemene

⁶⁴⁵ OK 24 maart 2004, ARO 2004, 41 (*De ZorgZaak Holding*), OK 26 juli 2006, ARO 2006, 142 (*K&H*), OK 31 oktober 2006, ARO 2006, 172 (*Hartevelt Holding*), OK 16 oktober 2006, ARO 2006, 173 (*Doorzand Medical*), OK 13 april 2007, ARO 2007, 71 (*Vendenco*), OK 24 juli 2007, ARO 2007, 142 (*Van Doorn*), OK 16 oktober 2007, ARO 2007, 166 en HR 25 juni 2010, ARO 2010, 114, NJ 2010, 370 (*e-Traction*), OK 27 december 2007, ARO 2008, 8 (*Pool Elements Holding*), OK 17 maart 2008, ARO 2008, 78 (*VHR20*), OK 5 augustus 2008, ARO 2008, 133 (*Rokin87*), OK 7 november 2008, ARO 2008, 170 (*Principal*), OK 19 november 2008, ARO 2008, 185 (*Mens & Werk Beheer*), OK 3 december 2008, ARO 2008, 191 (*Graphic Holding*), OK 17 december 2008, ARO 2009, 3 (*MCEG*), OK 6 februari 2009, ARO 2009, 34 (*Megapower*), OK 14 september 2009, ARO 2009, 136 (*Rofitec Group*), OK 11 mei 2010, ARO 2010, 86 (*GeoMar*), OK 1 juli 2010, ARO 2010, 106 (*Eurooll*), OK 17 augustus 2010, ARO 2010, 128 (*V&H*), OK 16 november 2010, ARO 2010, 170 (*2Link*), OK 16 december 2010, ARO 2011, 4 (*Van der Linden Holding*), OK 10 februari 2011, ARO 2011, 33 (*Fondsen*), OK 16 maart 2011, ARO 2011, 52 (*EMB*), OK 17 maart 2011, ARO 2011, 55 (*A&T*), OK 21 juni 2011, ARO 2011, 106 (*Bactoforce Benelux*), OK 28 oktober 2011, ARO 2011, 167 (*Twister Media*), OK 8 december 2011, ARO 2012, 1 (*Noork*), OK 19 april 2012, ARO 2012, 63 (*VOC*), OK 27 april 2012, ARO 2012, 65 (*Greenchoice*), OK 21 mei 2012, ARO 2012, 78 (*Verf- en Behanghal*), OK 31 mei 2012, ARO 2012, 81 (*Interactive Partners*), OK 13 juni 2012, ARO 2012, 95 (*Steltix*), OK 14 juni 2012, ARO 2012, 98 (*RVDD*), OK 20 juni 2012, ARO 2012, 100 (*Adriaens Molenbouw*), OK 4 september 2012, ARO 2012, 132 (*Böhmer*), OK 13 september 2012, ARO 2012, 135 (*Loonbedrijf*), OK 29 oktober 2012, ARO 2012, 154 (*NAD*), OK 16 november 2012, ARO 2012, 162 (*Small Society*), OK 22 november 2012, ARO 2012, 163 (*VLVDL*).

⁶⁴⁶ OK 26 september 2002, ARO 2002, 153 (*Technofast*), r.o. 2.10 met verwijzing naar vonnis V.zr. Rb. Utrecht 3 april 2002, OK 20 mei 2010, ARO 2010, 90 (*Sherpa*), OK 28 juli 2011, ARO 2011, 133 (*Königsberg*), OK 24 februari 2012, ARO 2012, 30 (*Cerflex*), OK 25 april 2012, ARO 2012, 68 (*Butôt Holding*).

⁶⁴⁷ OK 3 februari 2004, ARO 2004, 34 (*Headscanning Patent*), OK 7 april 2004, ARO 2004, 52 (*Clamor Holding*), OK 16 april 2004, ARO 2004, 57 (*Uit Agenda*), OK 28 april 2004, ARO 2004, 64 (*SCUA Holding*), OK 19 mei 2004, ARO 2004, 76 (*Welgelegen*), OK 18 augustus 2004, ARO 2004, 106 (*CNA*), OK 1 oktober 2004, ARO 2004, 119 (*Autogroep Twente*), OK 29 november 2004, ARO 2004, 147 (*Aesculaap Beheer*), OK 28 januari 2005, ARO 2005, 18 (*Projectontwikkeling Friesland*), OK 28 februari 2005, ARO 2005, 34 (*Dodo*), OK 24 maart 2005, ARO 2005, 54 (*A.C.I.*), OK 4 mei 2005, ARO 2005, 76 (*Broerse*), OK 27 april 2005, ARO 2005, 77 (*Dolphin Watercompany*), OK 21 juni 2005, ARO 2005, 98 (*Knapen Trailers*), OK 20 juli 2005, ARO 2005, 120 (*DWSS*), OK 22 juli 2005, ARO 2005, 121 (*Arthromed*), OK 29 juli 2005, ARO 2005, 146 (*Maroeska Metz*), OK 18 augustus 2005, ARO 2005, 161 (*Dubbelhuis en De Olde Molen*), OK 17 augustus 2005, ARO 2005, 168 (*Schrums*), OK 18 januari 2006, ARO 2006, 30 (*Global Green*), OK 27 januari 2006, ARO 2006, 34 (*Begemann*), OK 16 februari 2006, ARO 2006, 47 (*Trial*), OK 7 april 2006, ARO 2006, 72 (*Punching*), OK 3 mei 2006, ARO 2006, 97 (*Bonne Route Holding*), OK 26 juli 2006, ARO 2006, 142 (*K&H*), OK 18 december 2006, ARO 2007, 2 (*Cartoco*), OK 27 december 2006, ARO 2007, 4 (*Woudwood*), OK 4 juli 2007, ARO 2007, 126 (*Samlerhuset*), OK 24 juli 2007, ARO 2007, 142 (*Van Doorn*), OK 12 februari 2008, ARO 2008, 44 (*Gul en Albers*), OK 17 maart 2008, ARO 2008, 76 (*S&C*), OK 1 juli 2008, ARO 2008, 124

functie in relatie tot de doelsellingen van het enquêterecht⁶⁴⁸ of ter herstel van gezonde verhoudingen bij impasses en verstoorde verhoudingen,⁶⁴⁹ soms in het

(*Veenman Fresh Concepts*), OK 5 augustus 2008, ARO 2008, 133 (*Rokin87*), OK 19 augustus 2008, ARO 2008, 135 (*W.J. Grain*), OK 28 augustus 2008, ARO 2008, 138 (*Heem Estate*), OK 18 november 2008, ARO 2008, 183 (*Living City*), OK 19 november 2008, ARO 2008, 185 (*Mens & Werk Beheer*), OK 20 januari 2009, ARO 2009, 15 (*Barcofra*), OK 26 januari 2009, ARO 2009, 19 (*Fun Food*), OK 29 april 2009, ARO 2009, 66 (*Prominent Hoogeveen*), OK 29 april 2009, ARO 2009, 67 (*Diepenbeek Holding*), OK 20 mei 2009, ARO 2009, 79 (*TFE*), OK 4 juni 2009, ARO 2009, 86 (*OG Partners Groep*), OK 19 juni 2009, ARO 2009, 106 (*Sorée Beheer*), OK 17 juli 2009, ARO 2009, 121 (*Inquest Holding*), OK 14 september 2009, ARO 2009, 136 (*Rofitec Group*), OK 4 november 2009, ARO 2009, 164 (*3ple-Media*), OK 21 juni 2011, ARO 2011, 106 (*Bactoforce Benelux*), OK 6 juli 2011, ARO 2011, 110 (*DB/K3*), OK 26 juli 2011, ARO 2011, 125 (*Toeleiding Naar Arbeid*), OK 27 april 2012, ARO 2012, 65 (*Greenchoice*), OK 4 september 2012, ARO 2012, 132 (*Böhmer*), OK 29 oktober 2012, ARO 2012, 154 (*NAD*), OK 22 november 2012, ARO 2012, 163 (*VLVDL*), OK 26 november 2012, ARO 2012, 165 (*Via Parva*).

⁶⁴⁸ OK 24 november 2005, ARO 2005, 209 (*Ahold*), OK 14 december 2005, ARO 2006, 3 (*Versatel*), OK 27 januari 2006, ARO 2006, 34 (*Begemann*), OK 30 mei 2006, ARO 2006, 105 (*B.W.I.*), OK 4 juli 2007, ARO 2007, 126 (*Samlerhuset*), OK 9 augustus 2007, ARO 2007, 145 (*Pondac Products*), OK 27 september 2007, ARO 2007, 161 (*Heem Estate*), OK 10 december 2008, ARO 2009, 1 en OK 12 januari 2010, ARO 2010, 24 en HR 16 april 2010, ARO 2010, 65, concl. A-G Timmerman (*AHAM*), OK 8 april 2009, ARO 2009, 60 (*Van der Heijde Beheer*), OK 30 oktober 2009, ARO 2009, 161 (*Cancun Holding*), OK 13 november 2009, ARO 2009, 178 (*SKB*), OK 29 april 2010, ARO 2010, 73 (*ZDB*), OK 20 mei 2010, ARO 2010, 88 (*UPA*), OK 20 mei 2010, ARO 2010, 90 (*Sherpa*), OK 17 februari 2011, ARO 2011, 38 (*Ambiente*), OK 22 september 2011, ARO 2011, 145 (*Client First*), OK 20 januari 2012, ARO 2012, 16 (*Mulix Holding*), OK 24 februari 2012, ARO 2012, 30 (*Cerflex*).

⁶⁴⁹ OK 25 juli 2002, ARO 2002, 114 en OK 9 oktober 2002, ARO 2002, 154 (*Crescendo*), OK 7 augustus 2002, ARO 2002, 113 (*Exploitiemaatschappij De Rote Bergen*), OK 4 november 2002, ARO 2002, 175 (*Scheepswerf Groot*), OK 31 oktober 2002, ARO 2003, 1 (*ZDS Trading and Real Estate*), OK 20 december 2002, ARO 2003, 6 (*BRI Groep*), OK 6 juni 2003, ARO 2003, 98 (*Mc Veldt Beheer*), OK 20 juni 2003, ARO 2003, 110 (*B&S Heilo Holding*), OK 1 maart 2005, ARO 2005, 36 (*SKON*), OK 24 maart 2005, ARO 2005, 53 (*CBR*), OK 27 april 2005, ARO 2005, 77 (*Dolphin Watercompany*), OK 20 juli 2005, ARO 2005, 119 (*Broere Holding*), OK 8 september 2005, ARO 2005, 186 (*Smit Transformatoren*), OK 7 april 2006, ARO 2006, 72 (*Punching*), OK 24 november 2006, ARO 2006, 192 (*De Leeuw*), OK 29 december 2006, ARO 2007, 8 (*VVP*), OK 25 mei 2007, ARO 2007, 84 (*MucoVax*), OK 20 juni 2007, ARO 2007, 110 (*CBR*), OK 4 juli 2007, ARO 2007, 126 (*Samlerhuset*), OK 24 november 2008, ARO 2008, 190 (*Weblimits*), OK 3 december 2008, ARO 2008, 191 (*Graphic Holding*), OK 10 december 2008, ARO 2009, 1 en OK 12 januari 2010, ARO 2010, 24 en HR 16 april 2010, ARO 2010, 65, concl. A-G Timmerman (*AHAM*), OK 20 januari 2009, ARO 2009, 15 (*Barcofra*), OK 8 april 2009, ARO 2009, 60 (*Van der Heijde Beheer*), OK 11 mei 2010, ARO 2010, 85 (*CKC*), OK 11 mei 2010, ARO 2010, 86 (*Geo-Mar*), OK 24 juni 2010, ARO 2010, 102 (*Van Oers Holding*), OK 1 juli 2010, ARO 2010, 106 (*Euroll*), OK 17 augustus 2010, ARO 2010, 128 (*V&H*), OK 23 augustus 2010, ARO 2010, 130 (*Plano*), OK 7 december 2010, ARO 2011, 1 (*Envitec Holding*), OK 10 februari 2011, ARO 2011, 33 (*Fondsen*), OK 6 juni 2011, ARO 2011, 94

belang van de meerderheidsaandeelhouder⁶⁵⁰ – hierna te noemen OK-bestuurder of OK-commissaris).

Andere mogelijkheden waarover de Ondernemingskamer beschikt zijn de vernietiging van besluiten (zoals vernietiging van het besluit van een bestuur tot verkoop en overdracht aandelen in dochtervennootschappen⁶⁵¹ of vernietiging van het bestuursbesluit van de vennootschap van de opgave aan het Handelsregister dat de vennootschap met een gebrek aan baten is opgehouden te bestaan),⁶⁵² tijdelijke wijziging van statuten,⁶⁵³ tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer, zowel bij wijze van onmiddellijke voorziening in de zin van artikel 2:349a lid 2 BW (al⁶⁵⁴ dan niet⁶⁵⁵ in combinatie met de benoeming van een bestuurder of

(*Synpact*), OK 14 oktober 2011, ARO 2011, 158 (*BCCH*), OK 28 oktober 2011, ARO 2011, 167 (*Twister Media*), OK 13 december 2011, ARO 2012, 5 (*Leidsestraat Apotheek*), OK 21 maart 2012, ARO 2012, 46 (*Chef Martin*), OK 19 april 2012, ARO 2012, 63 (*VOC*). OK 24 juli 2012, ARO 2012, 111 (*Dixberg*), OK 16 november 2012, ARO 2012, 162 (*Small Society*).

⁶⁵⁰ OK 14 oktober 2011, ARO 2011, 158 (*BCCH*).

⁶⁵¹ OK 24 juli 2007, ARO 2007, 142 (*Van Doorn*).

⁶⁵² OK 17 augustus 2005, ARO 2005, 168 (*Schrums*).

⁶⁵³ OK 6 juli 2011, ARO 2011, 110 (*DB/K3*), OK 26 juli 2011, ARO 2011, 125 (*Toeleiding Naar Arbeid*).

⁶⁵⁴ OK 27 april 2005, ARO 2005, 77 (*Dolphin Watercompany*), OK 12 juli 2006, ARO 2006, 131 (*B&M*) (in geval van joint venture), OK 6 juli 2006, ARO 2006, 137 (*TCA*)(quasi coöperatieve grondslag), HR 9 juli 2007, ARO 2007, 81, concl. A-G Timmerman (*TCA*), OK 13 december 2006, ARO 2007, 12 (*Daidalos*), OK 20 juli 2007, ARO 2007, 124 (*Hogeboom*), OK 9 augustus 2007, ARO 2007, 145 (*Pondac Products*), OK 5 augustus 2008, ARO 2008, 134 (*Sijthoff*), OK 7 oktober 2008, ARO 2008, 165 (*EcoVakantieParks*), OK 17 december 2008, ARO 2009, 3 (*MCEG*), OK 5 maart 2009, ARO 2009, 54 (*Elephas*), OK 24 april 2009, ARO 2009, 64 (*Allstar*), OK 4 juni 2009, ARO 2009, 86 (*OG Partners Groep*), OK 30 oktober 2009, ARO 2009, 163 (*VDHT*), OK 30 november 2009, ARO 2009, 182 (*Ploeg Beheer*), OK 29 januari 2010, ARO 2010, 32 (*Cancun Holding*), OK 29 september 2010, ARO 2010, 148 (*Königsberg*), OK 18 november 2010, ARO 2010, 171 (*WVR*), OK 10 februari 2011, ARO 2011, 33 (*Fondsen*), OK 16 maart 2011, ARO 2011, 52 (*EMB*), OK 17 maart 2011, ARO 2011, 55 (*A&T*), OK 31 mei 2011, ARO 2011, 88 (*Grand Winston*), OK 3 oktober 2011, ARO 2011, 151 (*MEI*), OK 26 juli 2011, ARO 2011, 127 (*MacMountain Group*), OK 8 december 2011, ARO 2012, 1 (*Noork*), OK 8 december 2011, ARO 2012, 2 (*PHC*), OK 7 februari 2012, ARO 2012, 24 (*Chinese Workers*), OK 24 februari 2012, ARO 2012, 30 (*Cerflex*), OK 19 april 2012, ARO 2012, 63 (*VOC*), OK 27 april 2012, ARO 2012, 65 (*Greenchoice*), OK 25 april 2012, ARO 2012, 68 (*Butôt Holding*), OK 31 mei 2012, ARO 2012, 81 (*Interactive Partners*), OK 1 juni 2012, ARO 2012, 84 (*DOS*), OK 5 juni 2012, ARO 2012, 86 (*Heusden Veste*), OK 13 juni 2012, ARO 2012, 95 (*Steltix*), OK 14 juni 2012, ARO 2012, 98 (*RVDD*), OK 4 juli 2012, ARO 2012, 109 (*Matchez*), OK 24 juli 2012, ARO 2012, 111 (*Dixberg*), OK 3 september 2012, ARO 2012, 130 (*Pebblestone*), OK 13 september 2012, ARO 2012, 135 (*Loonbedrijf*), OK 16 november 2012, ARO 2012, 162 (*Small Society*), OK 22 november 2012, ARO 2012, 163 (*VLVDL*).

commissaris), als bij wijze van voorziening in de zin van artikel 2:356 BW.⁶⁵⁶ Soms ook in combinatie (doorbreken patstelling door tijdelijke overdracht aandelen ten titel van beheer teneinde aanvullende financiering mogelijk te maken).⁶⁵⁷

Verder laat de ARO-jurisprudentie zien de benoeming van een onderzoeker die de taak kan meekrijgen te bemiddelen dan wel als vereffenaar op te treden,⁶⁵⁸ de schorsing van een artikel van een aandeelhoudersovereenkomst,⁶⁵⁹ het verbod tot ontslag van een bestuurder,⁶⁶⁰ schorsing van een besluit tot salarisverhoging,⁶⁶¹ machtiging tot uitgifte van aandelen evt. met schorsing⁶⁶² van stemrecht⁶⁶³ en een enkele keer de benoeming van een bestuurder met doorslaggevende stem mede om ongestoorde uitvoering van een voor de Ondernemingskamer gesloten minnelijke regeling mogelijk te maken.⁶⁶⁴

Ondanks en binnen het kader van al deze mogelijkheden is de overtuiging van schrijver dezès dat opzegging in de geschetste betekenis een grotere rol kan spelen dan zij nu doet en dat het daarom moeite loont de mogelijkheid van opzegging in het bredere perspectief van mogelijke acties te onderzoeken. Het gaat ook om het vinden van het normatieve kader waarbinnen de opzegging, verbonden belangen en mogelijk acties spelen.

Indien en voor zover de aard van de rechtsverhouding, of de wettelijke, dan wel statutaire of contractuele context zich tegen de de geschetste benadering zou verzetten, is in dit boek ook aan de orde de vraag welke vergelijkbare en/of alternatieve acties binnen het stelsel van de wet⁶⁶⁵ mogelijk zijn in het perspectief van aan de mogelijkheid van opzegging verbonden belangen.

⁶⁵⁵ OK 29 mei 2009, ARO 2009, 84 (*Triple E*), OK 1 juli 2010, ARO 2010, 106 (*Euroll*), OK 16 december 2010, ARO 2011, 4 (*Van der Linden Holding*), OK 1 augustus 2011, ARO 2011, 129 (*Tekengilde*).

⁶⁵⁶ Eikelboom 2011/1, p. 291 e.v. OK 8 september 2008, ARO 2008, 159 en HR 25 juni 2010, ARO 2010, 114, NJ 2010, 370 (*e-Traction*), OK 3 november 2008, ARO 2008, 175 (*ICTrack*), OK 21 januari 2009, ARO 2009, 24 (*GreenSwan*), OK 28 juli 2011, ARO 2011, 133 (*Königsberg*).

⁶⁵⁷ OK 10 oktober 2006, ARO 2006, 169 (*Pondac Products*).

⁶⁵⁸ OK 20 januari 2012, ARO 2012, 16 (*Mulix Holding*), OK 21 mei 2012, ARO 2012, 78 (*Verf- en Behanghal*), OK 4 juli 2012, ARO 2012, 112 (*Königsberg*).

⁶⁵⁹ OK 31 juli 2007, ARO 2007, 133 (*Excellent*).

⁶⁶⁰ OK 10 december 2008, ARO 2009, 1 en OK 12 januari 2010, ARO 2010, 24 en HR 16 april 2010, ARO 2010, 65, concl. A-G Timmerman (*AHAM*), OK 14 oktober 2011, ARO 2011, 158 (*BCCH*).

⁶⁶¹ OK 20 februari 2012, ARO 2012, 28 (*Mojo Theater*).

⁶⁶² OK 15 juni 2011, ARO 2011, 97 (*Rickley*).

⁶⁶³ OK 31 december 2009, ARO 2010 (*Inter Access Groep*), OK 25 mei 2011, ARO 2011, 85 (*Rhodes*).

⁶⁶⁴ OK 26 juli 2011, ARO 2011, 125 (*Toeleiding Naar Arbeid*).

⁶⁶⁵ Wiarda 1999, p. 26. Vgl. Bertrams 1999, p. 68 die schrijft dat het wettelijk stelsel buiten de voorzieningen krachtens de geschillenregeling, het recht van enquête (tijdelijke over-

Hierbij wordt er vanuit gegaan dat opzegging als ieder handelen of nalaten binnen de context van een besloten verhouding op de uitgangspunten en de wettelijke, statutaire en/of contractuele kaders van die context toetsbaar is en dat er binnen het stelsel ook andere mogelijkheden zijn om voor de bij de mogelijkheid van opzegging (inclusief uittreding en uitstoting) betrokken ‘belangen’ op te komen, met name ook door gebruik en invulling van open normen en begrippen, bijvoorbeeld in het kader van de bescherming van minderheidsaandeelhouders tegenover een meerderheid.⁶⁶⁶

Gesproken wordt van ‘belangen’ in meervoud, omdat in de constellatie van de opzeggende partij en/of de opgezegde en/of de betrokken vennootschap aanneemelijk is dat meerdere belangen betrokken zijn. Bij de eenpersoons B.V. zal de opzegging niet spelen, bovendien is het geen besloten verhouding.

4.3 Derde uitgangspunt: gelijke gevallen, gelijke behandeling

Derde uitgangspunt van dit boek, schatplichtig aan Eggens,⁶⁶⁷ Van der Grinten,⁶⁶⁸ Maeijer,⁶⁶⁹ Schoordijk,⁶⁷⁰ Löwensteyn en Raaijmakers,⁶⁷¹ is dat in besloten ledenverhoudingen, of nu sprake is van een meer contractuele dan wel van een meer rechtspersonenrechtelijke context, gelijke gevallen op gelijke wijze behandeld zouden dienen te worden, en dat daarin dus betamelijkheidsnormen, redelijkheid- en billijkheidsnormen en zorgvuldigheidsnormen gelijke functie en inhoud zouden moeten hebben, tenzij voor afwijking van dit uitgangspunt voldoende juridisch relevante reden bestaat. Daardoor mede staat in dit boek de concrete rechtsverhouding tussen rechtssubjecten in besloten verhoudingen centraal. Een citaat – opnieuw – van Löwensteyn:⁶⁷²

‘de dogmatiek vindt zijn doel niet in zichzelf, maar heeft op zijn minst ten doel te bewerkstelligen dat in wezen gelijksoortige rechtsverhoudingen ondanks verschillende benaderingen en origine aan gelijksoortige normen zijn onderworpen. Aldus legitimeert zij tot analoge toepassing van normen, die gelden voor de ene rechtsfiguur, op andere figuren, die daaraan in wezen gelijk of verwant zijn. En dusdoende dient zij de essentiële regel van rechtvaardigheid, dat gelijk behandeld dient te worden. (...) Het gaat niet

dracht ten titel van beheer van artikel 2:356e BW), de uitkoopregeling van 2:92a/201a BW en het executoriaal beslag op aandelen van de artikelen 474c t/m 474i Rv geen specifieke vormen van gedwongen overdracht van aandelen kent.

⁶⁶⁶ Bulten 2011/2, p. 9.

⁶⁶⁷ Eggens 1923, 1950, p. 369.

⁶⁶⁸ Van der Grinten 1949, p. 3.

⁶⁶⁹ Maeijer 1962, p. 39 e.v.

⁶⁷⁰ Schoordijk 1970/2 en 1979, p. 4 e.v.

⁶⁷¹ Raaijmakers 1976, 1977, 1987, 1988, 1991 en 2009.

⁶⁷² Löwensteyn 1994.

in de eerste plaats om het ontwikkelen van de dogmatiek van het rechtspersonenrecht. Het gaat om het ontwikkelen van het rechtspersonenrecht zelf als een integrerend deel van het privaatrecht.'

In een onderzoek naar de samenhang tussen belang en actie in besloten verhoudingen dient uitgaand van dit uitgangspunt onder 'belang' allereerst het subjectief ervaren belang van het subject centraal te staan:⁶⁷³ het gaat dan om de bedoelingen en verwachtingen van partijen en enerzijds het zich tenminste gelijk behandeld weten (in subjectieve zin) en anderzijds, vanuit het standpunt van de beoordelaar, gelijke gevallen ook gelijk te behandelen (in objectieve zin).

Vervolgens kan blijken dat dat subjectief ervaren belang rechtens volstrekt irrelevant is, maar ook dat het als voldoende relevant door het recht wordt erkend door, mogelijk onder meer, de toekenning van een actie aan de belanghebbende. Vanuit dit subjectieve belang gaat dit boek noodzakelijkerwijs over de concrete rechtsverhouding – en de actie(s) daarbinnen – tussen de belanghebbende en de overige in de besloten verhouding betrokken personen, alsook over de vraag hoe het recht, de rechter, de arbiter of bemiddelaar in die verhouding in het kader van de idee van conflictbeheersing met de daarbij betrokken belangen omgaat, of zou moeten omgaan.

Er is nog een tweede reden waarom voor deze benadering wordt gekozen. De samenhang tussen belang en actie (inhoud) bestaat binnen het grotere geheel van een systeem – de contractuele of rechtspersonenrechtelijke context (vorm). Dat leidt tot zekere spanning, soms tot gelijke en soms tot ongelijke benadering: juist die deviatie is een thema van dit boek. Zo kan het feit dat een besloten verhouding de uiterlijke vorm heeft van een rechtspersoon aan bepaalde acties van betrokkenen of aan opzegging in de weg staan.⁶⁷⁴

Ook moet bij personenvennootschappen worden geconstateerd dat de hoofdregel wordt overwoekerd door haar uitzonderingen.⁶⁷⁵

Door in onderzoek van deze algemeenheden af te dalen naar concrete rechtsverhoudingen kan de spanning met de verschillende systemen en benaderingswijzen in kaart worden gebracht en kunnen suggesties worden gedaan voor verbetering als daar vanuit praktijk of theorie reden toe bestaat.

⁶⁷³ Ook Maeijer 1964/1965, p. 170.

⁶⁷⁴ Vgl. bijvoorbeeld HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (*Poot/ABP*), HR 2 mei 1997, NJ 1998, 348 (*Kip/Rabo*), HR 16 februari 2007, JOR 2007, 112 (*Tuin Beheer/Houthoff Buruma*) en HR 2 november 2007, JOR 2007, 302 (*Kessock/SFT Bank*), Van der Sangen 2001 en Veenstra 2008.

⁶⁷⁵ Van der Grinten 1969, p. 79 (in 1969 dus (!)): 'over deze bepaling bestaat te weinig rechtspraak om te kunnen vaststellen, hoe de rechter deze toetsingsnorm verstaat.'

Hoofdstuk 1

Een (tweede) voorbeeld om dit te illustreren is ontleend aan een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam d.d. 14 oktober 1999, JOR 2000, 50 (*Vof Double Super*) waarin de Rechtbank de volgende feiten vaststelde.

Voorbeeldcasus III ('Double Super')

Op 28 maart 1995 zijn de gebroeders Tang met Yuan overeengekomen gezamenlijk een onderneming aan te gaan onder de naam 'Double Super'. 'Double Super' is vervolgens ingeschreven in het handelsregister als vennootschap onder firma. De in het handelsregister ingeschreven naam van het bedrijf is gewijzigd in: 'Double Super B.V. i.o.'. Een akte van oprichting als bedoeld in artikel 22 van het Wetboek van Koophandel is niet opgesteld.

Yuan heeft bij de oprichting zijn gehele tot dan toe voor eigen rekening gedreven computerbedrijf 'Superleaders' ingebracht. Superleaders hield zich uitsluitend bezig met de groot- en kleinhandel in computer hard- en software en aanverwante zaken.

H. Tang heeft bij de oprichting zijn gehele tot dan toe voor eigen rekening gedreven onderneming 'Interieurbouw Superieur' ingebracht. Interieurbouw Superieur hield zich uitsluitend bezig met interieurbouw, waarbij de nadruk lag op het leveren van in het Chinees opgemaakte reclameborden en -kasten aan de in hoofdzaak in Rotterdam gevestigde Chinese gemeenschap.

Alle vier vennoten participeerden voor 25% in Double Super. De vennoten K. Tang en W. Tang hebben elk een som geld ingebracht, die door de andere vennoten gelijk gesteld is aan hun inbreng van het computerbedrijf en het interieurbouwbedrijf. De beide bedrijven die Double Super vanaf eind maart 1995 voerde vormden één ondeelbaar bedrijf.

Bij brieven van 1 juli 1996 heeft de raadsman van Yuan aan elk van de gebroeders Tang als volgt bericht:

'(...) Cliënt heeft met U en twee broers van U een maatschap in de vorm van de vennootschap onder firma Double Super. Namens cliënt zeg ik aan U en Uw twee broers de maatschap op tegen 1 augustus 1996.

De reden voor de opzegging is gelegen in het feit, dat is gebleken, dat U en Uw twee broers niet de inbreng in de vennootschap leveren, die daar van mag worden verwacht en dat bovendien een ernstige onoverkomelijke incompatibilité d'humeurs tussen U, Uw twee broers en cliënt is ont-

staan, welke er zelfs toe heeft geleid, dat U heeft gemeend cliënt in rechte te moeten betrekken.

Deze opzegging betekent, dat de maatschap per 1 augustus 1996 is ontbonden en vereffening daarvan dient plaats te vinden. (...)’

De broers Tang en Double Super dagen Yuan vervolgens voor de Rechtbank Rotterdam. Zij voeren voor de Rechtbank aan dat de samenwerkingsovereenkomst tussen de broers Tang en Yuan nog steeds van kracht is, dat de opzegging ervan door Yuan nietig is omdat de overeenkomst geen opzegmogelijkheid en opzegtermijn kent en dat de opzegging bovendien in strijd is met de goede trouw en de billijkheid die de vennoten ter uitvoering van hun duurzame samenwerkingsovereenkomst in acht behoren te nemen. Yuan was volgens hen voorts niet gerechtigd de overeenkomst zonder overleg met en instemming van de overige vennoten op te zeggen.

Vertrek uit de firma kan volgens de broers Tang en Double Super alleen gegrond zijn op (partiële) ontbinding door de rechter of met wederzijdse instemming na overleg. Opzegging kan niet worden gebaseerd op incompatibilité d’humeurs nu deze door Yuan zelf is veroorzaakt.

Volgens de broers Tang en Double Super handelt Yuan structureel in strijd met vennootschapsovereenkomst, onder meer omdat hij het door hem ingebrachte computerbedrijf eigenmachtig vanaf 1 april 1996 uit Double Super heeft terug getrokken en voor eigen rekening een computerbedrijf drijft zonder de gebroeders Tang daarover te informeren.

De broers Tang en de vennootschap vorderen voor de Rechtbank dat deze bij vonnis de overeenkomst op een in goede justitie te bepalen toekomstig tijdstip ontbindt, dat Yuan in de schade wordt veroordeeld, dat Double Super B.V. i.o. door de broers Tang zonder Yuan kan worden voortgezet en dat Double Super na ontbinding of uittreding in alle rechten treden van de oorspronkelijke vier vennoten.

Yuan voert daartegenover aan dat hij geen toestemming heeft gegeven voor het instellen van de vordering door Double Super en dat de vordering voor zover deze ziet op artikel 7A:1684 BW alleen door de vennoten kan worden ingesteld.

Voorts voert hij aan dat de firma Double Super per 1 augustus 1996 is ontbonden en motiveert de redenen daarvoor.

De Rechtbank concentreert zich eerst op de vorderingen van Double Super als zodanig en wijst de vordering van Double Super gericht op de ontbin-

ding van de V.O.F. af, omdat die alleen door (één van) de vennoten kan worden gevorderd en oordeelt voorts dat de vennootschap geen belang heeft bij de vordering tot voortzetting en het treden in alle rechten door de vennoten, doch uitsluitend de betrokken vennoten, de broers Tang, zelf.

De Rechtbank beantwoordt bevestigend de vraag of de vennootschap Double Super per 1 juli 1996 is ontbonden:

‘Gesteld noch gebleken is immers dat de vennoten de in artikel 7A:1683 onder 3 BW genoemde eenzijdige opzegging hadden uitgesloten. In elk geval blijkt een dergelijke uitsluiting niet uit het feit de overeenkomst van vennootschap de mogelijkheid van eenzijdige opzegging of een opzeggingstermijn niet vermeldde. De stelling van de gebroeders Tang dat de opzegging strijdig was met de goede trouw en de billijkheid treft evenmin doel. Ingevolge artikel 7A:1686, lid 1 BW is een opzegging vernietigbaar, indien zij in strijd met de redelijkheid en billijkheid is geschied. Gesteld noch gebleken is echter dat de opzegging op deze grond door de gebroeders Tang is vernietigd. Alleen daarom al dient dit verweer te worden verworpen. De stelling dat de opzegging in strijd is met de goede trouw en de billijkheid faalt bovendien.

Vaststaat dat tussen partijen zodanige verschillen van mening zijn gerezen, dat voortzetting van de vennootschap door de vier vennoten gezamenlijk uitgesloten moet worden geacht. Dat rechtvaardigt op zichzelf de opzegging van de vennootschap. De omstandigheid dat die verschillen van mening in belangrijke mate aan Yuan zijn toe te rekenen, brengt niet met zich dat de opzegging in strijd is met de redelijkheid en de billijkheid in een situatie dat voortzetting van de vennootschap uitgesloten moet worden geacht vanwege de tussen de vennoten ontstane onoverbrugbare ruzies.

Voor zover de gebroeders Tang nog hebben bedoeld te betogen dat de vennootschap niet is ontbonden, maar door hen is voortgezet, wordt dit verworpen. Gesteld noch gebleken is immers dat de overeenkomst van vennootschap een zogenaamde ‘voortzettingsregeling’ inhield, terwijl van een nadere afspraak tussen de vier vennoten inhoudende dat Double Super door de gebroeders Tang zou worden voortgezet evenmin is gebleken.’

Gesteld nu dat Double Super rechtspersoon in de zin van artikel 2:5 BW zou zijn geweest. Zou daardoor de redenering wezenlijk anders zijn? Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Wordt Double Super beschouwd als een rechtspersoon dan betekent dat niet meer dan dat Double Super als zodanig zelfstandig drager is van rechten plichten maar voor de onderlinge verhouding

(draagplicht, interne aansprakelijkheid, gerechtigdheid tot het saldo bij vereffening) maakt dat niet uit. Materieel recht bepaalt de consequenties van de door de broers Tang en Yuan over en weer gepleegde en ingestelde acties. Rechtspersoonlijkheid doet er geïsoleerd beschouwd niet toe.

Zou Ontwerp Titel 7.13 BW zijn gevolgd dan zou artikel 7:818 lid 1 sub d met zich hebben gebracht dat de vennootschap alleen ontbonden zou zijn ten aanzien van Yuan en zou kunnen worden voortgezet door de broers Tang. Ook dat is materieel recht, waarvan zou kunnen worden betoogd dat het past bij de rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap. Maar, let wel, dat is niet noodzakelijk gevolg. Ook in het kader van de ontbinding van een benoemde gemeenschap zoals de maatschap kan belangenafweging er toe leiden dat de onderneming niet wordt vereffend maar wordt voortgezet.

Zou er niets geregeld zijn – zou consensus alleen hebben bestaan op het aangaan van de VOF Double Super – dan zouden zowel voortzetten en afrekenen als ontbinden en afrekenen in het geval dat wel sprake is van rechtspersoonlijkheid en in het geval waarin dat niet zo is nagenoeg zuivere belangenafwegingen zijn geweest. Nagenoeg, omdat alleen al de kennelijke consensus voldoende is voor het vast staan van contractuele grondslag voor acties tussen partijen.⁶⁷⁶ Partijen zijn dan naar zowel buiten- als binnencontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehouden te zoeken naar een de route waarin zij elkaar over en weer zo min mogelijk schade betrokkenen, daarbij in aanmerking genomen de positie van het personeel, de verdien- en aflossingscapaciteit van het voort te zetten deel, de voorkeur van de cliëntèle, de wensen van de bank, etc. Op deze elementen koppelt de rol van de bemiddelaar. Het al dan niet beschikken over rechtspersoonlijkheid doet er voor de toepassing van deze verbintenisrechtelijke maatstaven niet toe.

Het laat zien dat het fenomeen van de rechtspersoonlijkheid in de materiële benadering van dit soort opzeggings- en ontbindingstrajecten een uiterst beperkte rol speelt en slechts dan en steeds dan ‘opduikt’ als het er om gaat dat de rechtspersoon zelfstandig drager van rechten en plichten is en *materieel recht* met zich brengt dat in vervolg op de ontbinding een bepaalde wijze van vereffening nodig is, welke wijze van vereffening weer met zich kan brengen dat de route voor partijen anders wordt. Het uitgangspunt dat materieel recht bepalend is komt in het volgende nog vaker terug.

Het voorgaande is ook terug te vinden in Ontwerp Titel 7.13 BW waar Maeijer in 1973 opmerkte⁶⁷⁷ dat de verbintenisrechtelijke betrekking tussen de venno-

⁶⁷⁶ HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, nt. Van Schilfgaarde (*dierenartspraktijk*), waarover hoofdstuk 3, paragraaf 1.4.1.

⁶⁷⁷ Maeijer 1973, p. 407/408.

ten onderling bepaald wordt door de overeenkomst van vennootschap. Er is dan geen verschil tussen de benadering van VOF Double Super als benoemde gemeenschap dan wel als rechtspersoon: bepalend zijn aard en inhoud van de ledenverhouding en het daarin geldende materiële recht.

Een derde reden om aan te sluiten bij de idee dat gelijke gevallen gelijke behandeling verdienen is – zoals ook de beide voorbeelden ontleend aan *De Haas/Ruitenbergh* en *Double Super* laten zien – dat pas in individuele relaties het karakter van het fenomeen rechtspersoon, het dwingend wettelijke, statutaire en/of contractuele kader en het verbintenisscheppende karakter van open normen daarbinnen concrete betekenis krijgt.⁶⁷⁸ Zo is het, bijvoorbeeld, in abstracto, qua vorm, dogmatisch interessant en van belang te weten dat volgens artikel 2:8, 6:2 en 6:248 lid 2 BW de redelijkheid en billijkheid kunnen derogeren aan wettelijke, statutaire en contractuele dwingende bepalingen. Voor de praktijk is – net als in het geval van *Double Super* – veel interessanter en belangrijker om uit te vinden tot welke inhoudelijke consequenties dat in de praktijk in individuele relaties kan leiden en welke argumenten daarbij kunnen worden gehanteerd.⁶⁷⁹ Dat uit te vinden is mede doel van dit boek. Het vormt ook een volgende aanwijzing voor het belang van gevalvergelijking.

Hiermee gaat dit boek ook over vorm – de systematiek van het ondernemingsrecht – en inhoud – de concrete uitwerking – van normen en regelingen op subject niveau, en dus over de verhouding tussen vorm en inhoud. En over de consequenties die dat in procedures bij de aanpak van geschillen in besloten verhoudingen zou kunnen of moeten hebben. Tegelijk geldt ook dat geen geschil hetzelfde is. Steeds weer opnieuw is het nodig om recht te ‘vinden’.⁶⁸⁰ Dat begint – zie het eerste uitgangspunt – bij analyse van de aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding.

4.4 *Vierde uitgangspunt: geschillenregeling als maat voor goed ondernemingsrecht*

Het kunnen vermijden, zoveel mogelijk beperken dan wel efficiënt benaderen van het in de tweede paragraaf van de inleiding bedoelde slagveld – compagnons in een maatschap die elkaar de keet uitvechten, aandeelhouders die het in verschillende procedures met elkaar aan de stok hebben, leden van een coöperatie die elkaar en/of het bestuur het leven zuur maken, familiebedrijven die de aanduiding familie niet meer herkennen, certificaathouders die elkaar niet langer verdragen – is een belangrijke maat bij de beantwoording van de vraag wanneer

⁶⁷⁸ Eggens 1950, p. 244.

⁶⁷⁹ Van der Grinten 1949, p. 3.

⁶⁸⁰ Van der Grinten 1949, p. 4, Raaijmakers 2000, p. 69.

in een ondernemingsrechtelijke context een contract of contractuele geschillenregeling voldoet, of wanneer statuten voldoen.

Inhoudelijk is daar in algemene zin niet veel meer over te zeggen, want of een contract of statuten voldoen, is mede afhankelijk van de subjectieve bedoelingen en verwachtingen van de partijen bij de overeenkomst of van degenen die toetreden tot de orde die door de statuten wordt beheerst, en van de mate waarin die bedoelingen en verwachtingen door de betrokken regelingen (uiteindelijk) ook blijken te worden gedekt. ‘Ergens’ speelt daarbij in subjectieve zin ook het belang van de vennootschap, maar ook daarover is in dit perspectief moeilijk in algemene zin meer te zeggen, omdat dat belang instrumenteel kan zijn bepaald, bijvoorbeeld in gevallen waarin een volledige zeggenschapshouder, dus 100% aandeelhouder en tevens enig bestuurder, de gang van zaken in en B.V. volledig beheerst. Interessant is dat die B.V. in een contractuele samenwerking of joint venture-relatie tot een andere B.V. kan staan,⁶⁸¹ waarmee toch weer sprake kan zijn van een besloten verhouding. Hierop komt hoofdstuk 3, paragraaf 1.6 terug.

Ook in meer objectieve zin is van belang of een contract of statuten verdere ontsporing remmen, of bijdragen aan de oplossing of althans beheersing van geschillen. Zulks kan in het belang van de vennootschap zijn maar ook breder in het maatschappelijk belang.⁶⁸² Voor ondernemingsrechtadvocaten is dit een open deur.⁶⁸³ Toch blijkt dit in de praktijk niet steeds voor iedereen – ondernemer en adviseur – even helder te zijn, met alle gevolgen van dien.

Te denken valt aan de massale hoeveelheid standaardstatuten waarvan in de praktijk tot aan de invoering van de flex-B.V. gebruik werd gemaakt en die bij geschillen meestentijds van nul en generlei waarde blijken te zijn.⁶⁸⁴ Terwijl toch artikel 2:337 BW verwijst naar de mogelijkheid van een eigen statutaire geschillenregeling, en bij aanwezigheid daarvan eisers die beroep doen op de wettelijke geschillenregeling niet ontvankelijk verklaart.⁶⁸⁵ Flexibel dus, hetgeen versterkt wordt door de invoering van de flex-regeling die meer vrijheid geeft aan betrokkenen. Doordat momenteel sprake is van een voornemen tot moderni-

⁶⁸¹ Raaijmakers 1976, 1987 en 1992, Van Duuren 2002, Raaijmakers & Van der Sangen 2011, p. 90 e.v.

⁶⁸² Verbrugh & Timmerman 2009, p. 146/147: ‘Een goed werkende rechtspleging versterkt het concurrerend vermogen van Nederland en bevordert het vestigingsklimaat, aldus ook de nota *Modernisering van het ondernemingsrecht*.’

⁶⁸³ Willems 2008, p. 80 en 2011, p. 150, MvT flex-B.V., TK 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 17.

⁶⁸⁴ Vgl. bijv. Rb Arnhem 19 september 2007, JOR 2007, 266 (*Sabelspoort Holding en Hermes Beheer/Laudij Beheer*).

⁶⁸⁵ Bertrams 1999, p. 69-77, Bulten 2011/1, p. 292-297.

sering van het arbitragerecht⁶⁸⁶ kan worden gesteld dat sprake is van een tendens.⁶⁸⁷

In breder perspectief rijst de vraag wanneer de wettelijke regeling van het ondernemingsrecht – rechtspersonen- en vennootschapsrecht als (deel)rechtsorde binnen het grotere geheel van het vermogensrecht – ‘goed’ te noemen is. De vaststelling lijkt gerechtvaardigd dat dat niet alleen bepaald wordt door de aanwezigheid van voldoende bij de levenscyclus van ondernemer en onderneming passende flexibele en inhoudelijke regels met betrekking tot de bekende onderwerpen als oprichting, bevoegdheidsverdeling, besluitvorming, bescherming van (minderheids)aandeelhouders, vertegenwoordiging, governance, omzetting, fusie, overdraagbaarheid van de onderneming, publicatie, informatie, werknemersmedezeggenschap, bescherming van crediteuren, ontbinding, etc.,⁶⁸⁸ in relatie tot alle mogelijke belanghebbenden, en door de vraag of die regels het ondernemerschap bevorderen,⁶⁸⁹ althans niet belemmeren, maar ook door wat, net als bij een contract, ‘rechtens’ – met voldoende rechtszekerheid – tot de mogelijkheden behoort als over die onderwerpen geschillen ontstaan en hoe partijen vervolgens tot een aanpak en/of oplossing van die geschillen kunnen komen.

Onder wat ‘rechtens mogelijk’ is, wordt hier dan niet alleen verstaan wat in de verhouding tussen betrokkenen inhoudelijk ‘als recht’ op enig moment komt vast te staan, maar ook de voorspelbaarheid van mogelijke uitkomsten van een civiele procedure en de (kosten)efficiëntie en de snelheid waarmee dat gebeurt. Hierbij geldt dat het grootste bezwaar tegen de wettelijke geschillenregeling vanaf haar invoering tot de recente wijzigingen – zoals al opgemerkt – niet eens is de mogelijke lengte van de procedure, etc. – de bekende open deur⁶⁹⁰ –, als wel het daardoor afwezig zijn van voldoende rem op opportunistisch handelen van aandeelhouders in een besloten verhouding, wat een belangrijke functie is van geschillenregelingen, en ook van de wettelijke geschillenregeling zou moeten zijn.

Om deze redenen wordt de regeling van geschillen van tussen bij de organisatie van de rechtspersoon of vennootschap betrokken personen in het voorwoord niet een sluitstuk op goed ondernemingsrecht geacht, maar een geïntegreerd onderdeel. Zoiets als een ultieme lakmoesproef. Het denken over goed ondernemingsrecht en over goede regelingen op het niveau van ondernemer of onderneming is tegelijk ook denken in termen van geschillen, geschillenaanpak en -oplossing en

⁶⁸⁶ Innovatieagenda rechtsbestel, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 31 oktober 2011.

⁶⁸⁷ Ook nt. Snijders bij HR 10 november 2006, NJ 2007, 561 (*Groenselect*).

⁶⁸⁸ Vgl. brief min. v. just. inzake ‘Modernisering van het ondernemingsrecht’, TK, 2007-2008, 29 752, nr. 5 en nota ‘Modernisering van het ondernemingsrecht’, TK, 2003-2004, 29 752, nr. 2, p. 3. Raaijmakers 2009/1.

⁶⁸⁹ Van der Sangen & Zaman 2012.

⁶⁹⁰ Willems 2008, p. 80.

hoe betrokkenen efficiënt bij die oplossing komen.⁶⁹¹ Zoals een contract niet compleet is zonder goede geschillenregeling, is ook een ondernemingsrechtelijke rechtsverhouding zonder geschillenregeling niet ‘af’. Geschillenregeling en -beslechting zijn daardoor mede test, eigenlijk *conditio sine qua non*, voor goed ondernemingsrecht in brede zin. Problemen zoals het geschetste ‘tafellassen/servet’-probleem passen daar niet in.

Bijzonder in dit verband – althans vanuit het perspectief van degenen die vanuit het oogpunt van flexibiliteit, effectiviteit en kostenbesparing zouden willen kiezen voor een arbitrageregeling in overeenkomst of statuten⁶⁹² – zijn de twee al gememoreerde arresten van de Hoge Raad, namelijk die van 10 november 2006, NJ 2007, 561, concl. A-G Timmerman, nt. Snijders (*Groenselect*) en 26 november 2010, NJ 2011, 55 concl. A-G Timmerman, nt. Van Schilfgaarde (*Silver Lining*), waarin de Hoge Raad oordeelt dat vernietiging van besluiten niet ter vrije beschikking staat aan partijen en dus tussenkomst van de burgerlijke rechter noodzakelijk is. Bespreking van deze arresten en alle in de literatuur aangevoerde ‘voors’ en ‘tegens’ op de door de Hoge Raad gehanteerde argumentatie gaat het bestek van deze inleiding en ook van dit boek te buiten. Bovendien geven De Mol van Otterlo⁶⁹³ en A-G Timmerman bij *Silver Lining* een uitgebreid overzicht.⁶⁹⁴

Uitgebreide bespreking is verder minder nodig vanwege de eerder aangehaalde beschikking van de Ondernemingskamer van 18 oktober 2012, ARO 2012, 151 (*Harbour*) waarin de Ondernemingskamer in rechtsoverweging 3.2 oordeelt dat de enquêteprocedure een bijzondere rechtsgang is die kan leiden tot rechtstreeks ingrijpen in de vennootschappelijke orde, waaruit volgt dat door de wettelijke regeling aan de Ondernemingskamer toegekende bevoegdheden op dit gebied niet aan een arbiter kunnen worden opgedragen. Of zoals de Ondernemingskamer het formuleert:

‘De door die wettelijke regeling aan de Ondernemingskamer toegekende bevoegdheden kunnen door de rechtspersoon en degenen die deel uitmaken van zijn organen niet worden opgedragen aan een arbiter omdat de artikelen 2:344-359 BW voorzien in een bijzondere rechtsgang (met een in beginsel ruime kring belanghebbenden) en die rechtsgang kan leiden tot rechtstreeks ingrijpen in de vennootschappelijke orde, zowel door het treffen van onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in artikel 2:349a BW, als – na deponering van het onderzoeksverslag – door het treffen van de in artikel 2:356 BW genoemde voorzieningen, onder welke, wat de laatstbe-

⁶⁹¹ Asser & Vranken 1999, p. 20 e.v., Van der Sangen 2008, p. 2, Van Daelen & Huybens 2010, p. 109.

⁶⁹² Over arbitrage in statuten en de gebondenheid daaraan Kroeze 2007/2, p. 215/216.

⁶⁹³ De Mol van Otterlo 2010 onder 1.2. en De Mol van Otterlo 2011, p. 119 e.v.

⁶⁹⁴ Zie ook Bulten 2011/1, p. 297 e.v.

doelde voorzieningen betreft, vernietiging van een besluit van een orgaan van de rechtspersoon of ontbinding van de rechtspersoon. Op grond van dit een en ander moet worden aangenomen dat de enquêteprocedure behoort tot het exclusieve domein van de overheidsrechter.'

Dit betekent dat in voorkomende gevallen dat een kwestie is opgedragen aan arbiters desondanks zal kunnen en moeten worden teruggevallen op het enquêterecht.

Hierna wordt het arrest inzake *Groenselect* als voorbeeldcasus kort uitgelicht. Op beide uitspraken wordt verderop in dit boek – vanwege het verminderde belang van de uitspraken voor het ondernemingsrecht, althans voor rechtspersonen waarvan het beleid door de Ondernemingskamer kan worden getoetst, dus in elk geval niet voor personenvennootschappen – kort nog teruggekomen. Het gaat dan om de mogelijkheid die A-G Timmerman in de conclusie en Snijders in de noot bij *Groenselect* uitlichten dat een vennootschap gebonden zou kunnen zijn aan een overeenkomst tot arbitrage, omdat de overgrote meerderheid van haar aandeelhouders daaraan gebonden is. Het gaat dan ook om de opvatting van De Mol van Otterlo die de arresten van de Hoge Raad onbevredigend acht waar het gaat om besluiten met slechts interne werking.

Hier volstaat het navolgende.

Voorbeeldcasus IV ('Groenselect')

Kort weergegeven komt de casus van het arrest er op neer dat een zekere Van den Boogaard (houdende 20% van de aandelen) op een door hem bijeengeroepen aandeelhoudersvergadering in Groenselect N.V., die niet door de overige aandeelhouders werd bijgewoond, Forestry Investments N.V. tot bestuurder heeft benoemd. De andere aandeelhouders Spee, Werensteijn, Peijer en Horsmans (ook ieder 20%) en Groenselect N.V. vorderen vernietiging van dit besluit.

In hoger beroep heeft het Gemeenschappelijk Hof zich onbevoegd verklaard, omdat de geschillen aan arbitrage waren onderworpen. Ook Groenselect N.V. moet volgens het Hof het arbitragebeding tegen zich laten gelden. In cassatie is vervolgens geklaagd dat het Hof heeft miskend dat partijen niet bevoegd zijn vorderingen die ertoe strekken de nietigheid in te roepen van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders en/of het bestuur van een naamloze vennootschap te onderwerpen aan de beslissing van een scheidsman, omdat partijen over zodanige vorderingen niet de vrije beschikking hebben in de zin van art. 500 (oud) RvNA.

De Hoge Raad oordeelt dat in de eerste plaats moet worden aangenomen dat vernietiging van een besluit van een rechtspersoon met het oog op de daaruit, zowel voor de rechtspersoon als voor derden, voortvloeiende (vaak ingrijpende) rechtsgevolgen en in verband met de rechtszekerheid, niet ter vrije beschikking van partijen staat. In de tweede plaats dient de rechterlijke uitspraak waarin de nietigheid van een besluit van een rechtspersoon wordt vastgesteld of die zulk een besluit vernietigt, zowel wanneer het besluit slechts interne werking heeft als wanneer het ook externe werking heeft, naar haar aard te gelden ten opzichte van een ieder en niet alleen ten opzichte van degene die de vernietiging heeft verzocht. Voor deze algemene werking is daarom volgens de Hoge Raad tussenkomst van de burgerlijke rechter noodzakelijk.

Vanuit de praktijk van de conflictbeheersing bij geschillen in besloten verhoudingen en vanuit de idee dat arbiters daarbij een goede rol zouden kunnen vervullen, bijvoorbeeld omdat contractueel of statutair geregeld zou kunnen worden dat zij zich in voorkomende gevallen minder lijdelijk opstellen, lijken de arresten van de Hoge Raad en de beschikking van de Ondernemingskamer een drama. Belangrijke redenen om voor afdoening door arbitrage in die verhoudingen te kiezen worden erdoor aangetast: efficiëntie, snelheid, eenheid van procedure, etc.⁶⁹⁵ De Mol Van Otterlo wijst daar ook op in zijn noot in de JOR. Hiertegenover geldt wel dat de verplichte gang naar de Ondernemingskamer als omschreven in de *Harbour*-beschikking – op moment van schrijven is niet duidelijk of cassatie werd ingesteld en hoe de Hoge Raad hierover denkt – betekent dat wat de Hoge Raad in de *Groenselect*- en *Silver Lining*-arresten aan slagkracht aan de zijde van de arbiters ontnemt, door een gang naar de Ondernemingskamer via artikel 2:349a lid 2 BW in urgerende situaties kan worden ‘teruggehaald’ – in gevallen althans dat aan de voorwaarden voor toepassing van het artikel is voldaan.

Efficiëntie en snelheid zijn daardoor gewaarborgd,⁶⁹⁶ althans bij Boek 2 BW-rechtspersonen. Maar dat geldt *ten onrechte niet* voor personenvennootschappen. Het betekent verder dat door artikel 2:337 lid 2 BW dat voor de wettelijke geschillenregeling bepaalt:

‘In de statuten of een overeenkomst kan worden bepaald dat geschillen als in deze afdeling bedoeld, dadelijk ter kennis worden gebracht van de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam of aan arbitrage

⁶⁹⁵ De Mol van Otterlo 2011, p. 118.

⁶⁹⁶ OK 18 oktober 2012, ARO 2012, 151, JOR 2013, 8, nt. De Mol van Otterlo (*Harbour*). Vgl. Hof Amsterdam 7 november 1996, KG 1997, 3 (*Gaus/Dijkshoorn*): ‘dat de Ondernemingskamer in de enquêteprocedure een gespecialiseerd college is dat, in procedures waarin wordt gevraagd een enquête in te stellen, volgens bepaalde beleidsregels te werk gaat, met inschakeling van de specifieke deskundigheid van de raden.’

Hoofdstuk 1

worden onderworpen, dan wel anderszins wordt afgeweken van de rechterlijke bevoegdheid als geregeld in artikel 336 leden 3 en 5.'

de vreemde situatie kan ontstaan – De Mol van Otterlo wijst daar ook op – dat de arbiters in de geschillenprocedure oordelen over de vraag of het belang van de vennootschap is geschaad, terwijl de Ondernemingskamer dezelfde vraag in het kader van de enquêteprocedure door de gedaagde krijgt voorgelegd. Bij het maken van een keuze ex artikel 2:337 lid 2 BW ligt alleen al ter voorkoming van dit soort verrassingen de keuze voor de Ondernemingskamer voor de hand.

Toch is het niet allemaal negatief. In het geval dat een neutrale persoon in verband met spelende opvolgingsproblematiek gedurende langere periode bij een bestuur wordt betrokken (hetgeen niet ondenkbeeldig is in verband met het gecompliceerde karakter van situaties van opvolging, de betrokken belangen en de wens en noodzaak conflicten te vermijden) – bijvoorbeeld als niet uitvoerend bestuurder – en aan hem als onderdeel van het proces van begeleiding in geval van mogelijke impasses een doorslaggevende stem in hoedanigheid van arbiter wordt toegekend, kan het voor de betreffende uitvoerende bestuursleden die zich in voorkomende gevallen bij diens oordeel moeten neerleggen een geruststelling zijn te weten dat ook de arbiter zich – zij het op wat indirectere wijze – beoordeeld weet door de Ondernemingskamer.

De functie van een eigen regeling in het kader van waardering en prijsbepaling van aandelen blijft relevant in verband met artikel 2:339 lid 2 en lid 3 BW die in het kader van de procedure aan contractuele en statutaire 'bepalingen omtrent de vaststelling van de waarde' en aan een 'duidelijke maatstaf voor de bepaling van de waarde van aandelen' een duidelijke betekenis hechten. Goede contractuele en statutaire regeling blijven ook relevant als het gaat om de formulering van maatstaven van beleid.

Hoofdstuk 3, paragraaf 2.1.2 komt kort op *Groenselect* en *Silver Lining* terug.

4.5 Vijfde uitgangspunt: 'betrokkenheid'

Open normen en begrippen (zoals 'bestuur' en 'belang') zijn – zoals geconstateerd – mede bepalend voor de goede werking van Boek 2 BW, gelet op het beperkte aantal rechtspersonen (rechtsvormen) dat daarin wordt geregeld en gelet op de enorme variëteit aan feitelijke en rechtsverhoudingen die in de praktijk daarin zijn geïncorporeerd. Sterker: de werking en, zo men wil, het succes van Boek 2 BW wordt erdoor bepaald. Open normen en begrippen geven – zoals

opgemerkt – aan het beperkte aantal in Boek 2 BW geregeld rechtspersonen spankracht.⁶⁹⁷

Het zijn niet alleen die open normen en begrippen die de flexibiliteit van Boek 2 BW bepalen. Die flexibiliteit wordt ook bepaald door bij de indeling in categorieën van rechtspersonen en vennootschappen al dan niet vast te houden aan formele (contract of instituut) of materiële (aard van de lidmaatschapsverhouding) criteria, zoals het al dan niet beschikken over rechtspersoonlijkheid, door de vrijheid om rechtsvormen in andere te kunnen omzetten, door de vrijheid van inrichting van de statuten – met name op het gebied van goedkeurings- en verantwoordingscategorieën, welke vrijheid door de flex-regeling dus vergroot wordt onder andere doordat daar verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard tussen aandeelhouders, aandeelhouders en de vennootschap en tussen aandeelhouders en derden in de statuten kunnen worden opgenomen –, door de afwezigheid van strikte wettelijke normen die de besluitvorming in het bestuur of een raad van commissarissen regelen, en ook door – wat hier genoemd wordt – ‘systeemruimtes of lacunes’ die ontstaan doordat de wetgever nu eenmaal niet alles uitputtend geregeld heeft (of het nu gaat om vergeten zijn, om niet kunnen of niet willen), of dat door de opzet van de flex-regeling nadrukkelijk aan betrokkenen laat.

Die vrijheid wordt ook bepaald door de (on)mogelijkheid te kunnen uittreden tegen al dan niet (te) bezwarende condities.

Tegelijk blijft die vrijheid, ook na de invoering van de flex-regeling, beperkt door de dwingende systematiek van Boek 2 BW.

Het vijfde uitgangspunt voor het vervolg van dit boek vloeit voort uit een constatering in de praktijk: voor de ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’ en ook voor de flex-B.V. geldt dat sprake is van zekere ‘systeemruimte’ die daarin is gelegen dat in besloten verhoudingen het aandeel in een B.V., veel meer dan in de traditioneel open en soms beursgenoteerde N.V., waar het aandeel wordt beschouwd als de belichaming van het aan het aandeel verbonden winst- en zeggenschapsrecht en naar het voorbeeld waarvan de B.V. werd gemodelleerd, moet worden beschouwd als een aanknoping voor bijzondere beroeps- en bedrijfsmatige ‘betrokkenheid’.

⁶⁹⁷ De spankracht van Boek 2 BW wordt geïllustreerd door de opgave van het CBS met het aantal bedrijven in Nederland. Volgens het CBS waren er op 1 januari 2009, aan het begin van de recessie, 844.000 bedrijven, waarvan 471.000 eenmanszaken en ongeveer 25 à 30 % besloten vennootschappen. Dat komt dan neer op ongeveer 200.000 à 250.000 B.V.’s in Nederland. Dat op zichzelf stelt al hoge eisen aan de flexibiliteit van de wettelijke regeling. Het tekent bij de enorme variëteit aan activiteiten en rechtsverhoudingen het belang van open normen en begrippen, maar ook van de invulling daarvan.

Uitgangspunt hierbij is dat het aandeel legitimeert, grondslag geeft aan het nemen van invloed, koppeling is tussen belangen van ‘buiten’ en zeggenschap ‘van binnen’, en is als zodanig kruispunt is van in alle mogelijke richtingen betrokken belangen.⁶⁹⁸

Uitgangspunt is ook dat waar in de institutionele benadering artikel 2:107/217 lid 1 BW in aanmerking genomen het *Forumbank*-arrest⁶⁹⁹ grenzen stelt aan de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering ten opzichte van het bestuur, en dus aan de positie van de individuele aandeelhouder, het de bijzondere betrokkenheid van de individuele aandeelhouder en diens bijzondere belangen kunnen zijn die hem via artikel 2:8 BW en het enquêterecht positie geven.

Die betrokken persoonlijke belangen – en de jurisprudentie loopt over van voorbeelden van besloten ledenverhoudingen waarin persoonlijke en zakelijke belangen niet voldoende gescheiden worden gehouden – moeten veel meer dan het uitoefenen van het stemrecht op de jaarlijkse aandeelhoudersvergadering geacht worden de aard en inhoud van de vennootschappelijke rechten en gehoudenheden als aandeelhouder en bestuurder over en weer en naar de rechtspersoon te bepalen. Precies op die belangenbehartiging – de feitelijk opstelling in deze – is het ook dat die aandeelhouder (al dan niet tevens bestuurder) dus in voorkomende gevallen door de Ondernemingskamer wordt aangesproken.⁷⁰⁰

Niet het feit dat voor eigen belang wordt gegaan is daarbij bezwaarlijk:

*‘het gaat er om hoe hiermee wordt omgegaan.’*⁷⁰¹

en of daarvoor voldoende grondslag bestaat. Dat is de kern van ondernemingsrecht als verantwoordingsrecht. Dat is ook wat de jurisprudentie van de Ondernemingskamer op het vlak van aan belangenvermenging verbonden consequenties en daarmee verbonden zorgvuldigheids- en transparantieverplichtingen laat zien – zoals ook de hierna opgenomen overweging van de Ondernemingskamer in zake *Wilmont*. Dit is op zichzelf niet het uitgangspunt van deze paragraaf voor het vervolg van dit boek.

⁶⁹⁸ Vgl. MvT Invoering geschillenregeling, TK 1984-1985, 18 905, nrs. 1-3, p. 7 waar de term ‘betrokken’ aandeelhouder gebruikt wordt ter onderscheiding van de aandeelhouder-belegger. Zie ook nt. P. van Schilfgaarde bij HR 25 februari 2011, NJ 2011, 335 (*Inter Access Groep*) waar hij opmerkt: ‘*alle eigendom is functioneel bepaald*’ – vertaling hier is de term ‘betrokkenheid’. Dat wordt verder in dit boek nog uitgewerkt. Timmerman 2005, p. 6.

⁶⁹⁹ HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 (*Forumbank*).

⁷⁰⁰ Vgl. HR 27 februari 2009, NJ 2009, 318 (*X./Aerts qq.*).

⁷⁰¹ OK 21 december 2005, ARO 2005, 6 (*EVC International*).

Ook in open N.V.'s is de 'zeggenschapsfunctie' overigens niet een constante,⁷⁰² net zoals de mate van betrokkenheid van aandeelhouders in de loop der tijd feitelijk beschouwd zeer gevarieerd heeft.

Uitgangspunt is het navolgende. Betrokkenheid van een aandeelhouder is belang, persoonlijk belang dat door het nemen van invloed en door de wens tot het nemen van invloed tot uitdrukking komt. Voor betrokkenheid kan een expliciete wettelijke, statutaire of contractuele grondslag bestaan,⁷⁰³ maar dat hoeft niet. Een voorbeeld van bijzondere betrokkenheid is de situatie waarin een moedermaatschappij centrale leiding uitoefent over de groep.⁷⁰⁴ Dat is ook een vorm van betrokkenheid, maar dan een die tot uitdrukking komt in de wens en noodzaak tot het uitoefenen van centrale leiding. Een vorm van betrokkenheid die ook toetsbaar is, binnen het enquêterecht⁷⁰⁵ en daarbuiten.

'Betrokkenheid' bestaat dus niet alleen in besloten verhoudingen.⁷⁰⁶ Het voorbeeld van de groepsverhouding laat zien dat het ontbreken van expliciete wettelijke en statutaire grondslag niet betekent dat de wens tot het nemen van bepaalde invloed niet in de rechtspersonenrechtelijke/lidmaatschapsrechtelijke verhoudingen tot uitdrukking zou kunnen en mogen komen. Hetzelfde fenomeen is aan de orde in overnamegevechten zoals die rond *RNA*⁷⁰⁷ en *Gucci*⁷⁰⁸ en bij pogingen van tot het nemen van invloed door 'hedge funds' zoals bij *Stork*.⁷⁰⁹ Betrokkenheid kan in de Nederlandse verhoudingen anderzijds ook verantwoordelijkheid betekenen. Soms ook bevordert erkenning van die verantwoordelijkheid de invoering van wettelijke regelingen. Betrokkenheid dwingt ook tot analyse door degene die in het voorkomende geval dat belang en die verantwoordelijkheid beoordeelt en/of geacht wordt in de verhoudingen te interveniëren.

'Betrokkenheid' heeft wat betreft de rechtsverhouding van de aandeelhouder tot zijn mede-aandeelhouders en tot de vennootschap een 'positieve' kant, i.e. de positieve aanwending en invulling van het lidmaatschap, maar ook een 'negatieve', waarmee wordt bedoeld dat betrokkenheid ook verantwoordelijkheid⁷¹⁰ en daarop aangesproken kunnen worden betekent, welke betekenis in Boek 2 BW

⁷⁰² Concl. A-G Wesseling-Van Gent sub 2.15 bij HR 18 april 2003, ARO 2003, 80 (*RNA*).

⁷⁰³ OK 7 augustus 2002, ARO 2002, 113 (*Exploitiemaatschappij De Rote Bergen*), r.o. 3.5.

⁷⁰⁴ Olaerts 2011, p. 6 e.v.

⁷⁰⁵ OK 31 januari 2002, ARO 2002, 4 (*Grote Hoef Beheer*).

⁷⁰⁶ Over betrokkenheid in een andere betekenis Dortmund 2008, p. 48 e.v.

⁷⁰⁷ HR 18 april 2003, ARO 2003, 80 (*RNA*).

⁷⁰⁸ OK 27 mei 1999, JOR 1999, 121, nt. Prinsen (*Gucci*).

⁷⁰⁹ OK 17 januari 2007, JOR 2007, 42 (*Stork*).

⁷¹⁰ Zie over verantwoordelijkheid in relatie tot zorgplichten in concernverband Huizink 2010, p. 17 e.v.

niet direct terug te vinden is. Die betrokkenheid – zo luidt de vijfde stelling – heeft ook betekenis in het kader van de opzegging.

Immers, betrokkenheid moet ook kunnen leiden tot verantwoorde ‘exit’, van tenminste drie kanten beschouwd: de rechtspersoon en tenminste twee in de ledenverhouding betrokken personen.

Over de betekenis van deze ruimte en de condities voor ‘exit’ gaat dit boek, in het bijzonder in het perspectief van de opzegging, de daarbij verbonden belangen en de daaraan verbonden consequenties.

Voorbeeldcasus V (‘Wilmont’)

De voorbeeldcasus is ontleend aan de beschikking van de Ondernemingskamer, OK 6 mei 2008, ARO 2008, 88 (*Wilmont*). Part-Energy is verzoekster en Wilmont B.V. is de ‘vennootschap’ waarin Part-Energy 20% van de aandelen houdt. Volstaan wordt met het weergeven van rechtsoverwegingen 3.9 tot en met 3.11 waaruit duidelijk blijkt dat daar de kanteling van ‘partner’ in de samenwerking op voet van gelijkwaardigheid naar een kennelijke bejegening als minderheidsaandeelhouder ‘op afstand’ al heeft plaats gevonden en wat de Ondernemingskamer daar bij eerste beoordeling van vindt:

‘3.9 De Ondernemingskamer overweegt met betrekking tot de hiervoor in 3.1 onder (i) en (ii) weergegeven bezwaren en de daartegen gevoerde verweren het volgende. De uit het bepaalde in artikel 2:8 BW voortvloeiende zorgvuldigheidseis brengt mee, dat meerderheidsaandeelhouders/bestuurders rekening moeten houden met de belangen van de minderheidsaandeelhouder. Tot deze belangen dient te worden gerekend het belang dat de minderheidsaandeelhouder heeft om een redelijke vergoeding (in de vorm van dividend) te ontvangen voor zijn financiële betrokkenheid bij de vennootschap. De Ondernemingskamer vindt in de stellingen van partijen aanwijzingen dat Wilmont, en met haar Holding Van den Berg en Van der Wilt, dit mogelijk miskennen. Het door Wilmont ingenomen standpunt dat zij is opgericht om de kwekerijen voordeel te kunnen bieden bij hun bedrijfsvoering, waarbij naar Wilmont heeft gesteld onder meer te denken valt aan fiscale verrekening van verliezen binnen de kwekerijen, en de stelling van Wilmont dat de verleende energiekortingen de concurrentiepositie van de kwekerijen dienden, wijzen er veeleer op dat de belangen van de aan de meerderheidsaandeelhouders/bestuurders gelieerde kwekerijen voorop zijn gesteld. Uit de in dit geding gebleken wijze waarop Holding Van den Berg en Van der Wilt zich opstellen met betrekking tot de aangelegenheden van Wilmont komt, zo proeft de Ondernemingskamer, naar voren dat zij Wilmont beschouwen als een (coöperatief) verlengstuk van hun

eigen bedrijfshuishoudingen en dat zij de financiële betrekkingen met Wilmont in functie daarvan kunnen vaststellen, waardoor miskennen dreigt van het feit dat Wilmont een zelfstandige juridische en economische entiteit is die een verzelfstandigd bedrijf in stand houdt.'

3.10 Gelet op het voorgaande en mede in aanmerking genomen dat Part-Energy deelneemt in het kapitaal van Wilmont, borg staat voor de in 2.9 vermelde verplichtingen van Wilmont en een lening van € 50.000 aan Wilmont heeft verstrekt, dient naar het oordeel van de Ondernemingskamer te worden opgehelderd in hoeverre sprake is van verwaarlozing van de belangen van Part-Energy.'

Waar het hier om gaat is hoe dat proces van kanteling vanuit het oogpunt van conflictbeheersing verantwoord te doen verlopen, welk verband daarbij bestaat tussen belang en actie, bijvoorbeeld de actie tot het vergoed krijgen van schade ingesteld door de minderheidsaandeelhouder tegen de meerderheidsaandeelhouder, en welke rol opzegging daarbij speelt en kan spelen.

5. Verdere opzet

In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op drie voor het onderwerp relevante deelgebieden, te weten het B.V.-recht, het maatschapsrecht en het rechtspersonenrecht, nog in hun onderscheiden betekenissen. Eerst wordt het al geconstateerde uitgangspunt dat B.V.-recht kwalificeert als 'organisatie'⁷¹¹ en verantwoordingsrecht' verder getoetst en wordt ingegaan op de algemene betekenis van de actie of rechtsvordering in relatie tot de betrokken belangen. Hetzelfde gebeurt vervolgens voor het maatschapsrecht als in zijn essentie 'goede trouw'-recht ('uberimae fidei', dus in versterkte mate) en ingegaan wordt op de rol die de (mogelijkheid van) opzegging speelt bij duurzame ontwrichting in maatschapsverhoudingen. Besloten wordt met verder onderzoek van de betekenis van het fenomeen van de rechtspersoonlijkheid in het perspectief van de vraagstelling en de vijf uitgangspunten.

In hoofdstuk 3 worden de drie gebieden op elkaar betrokken. Vast staat dat de gewone rechter zowel als de Ondernemingskamer bij de beoordeling van geschillen in ledenverhoudingen ieder op eigen wijze rekening houdt met het besloten karakter daarvan. De eerste vraag die resteert is of de resultaten van hoofdstuk 2 op het punt van de betekenis en rechtsgevolgen van opzegging bij personenvennootschappen ook iets betekenen voor situaties waarin belang bij opzegging bestaat bij in Boek 2 BW-rechtspersonen geïncorporeerde samenwerking en wat de gewone rechter en/of de Ondernemingskamer daarmee doen of kunnen.

⁷¹¹ Van der Grinten 1969, p. 91.

Hoofdstuk 1

De tweede vraag die dan overblijft, is of het mogelijk is aan de hand van het onderwerp een zodanige ‘interne’ samenhang is te ontwaren dat aan de hand daarvan één wettelijke geschillenregeling voor besloten verhoudingen mogelijk is.

Deze vragen kunnen mogelijk op verschillende manieren worden beantwoord. Hoofdstuk 3 gaat eerst na of de wezenskenmerken van personenvennootschap, flex-B.V., B.V., ‘NV-quasi V.O.F.’ zodanig van elkaar verschillen dat vragen rondom opzegging in ieder geval verschillend moeten worden beantwoord. Dat gebeurt door de constructie van een model waarin ‘maatschapsrecht’ over ‘B.V.-recht’ wordt gelegd teneinde vast te kunnen stellen in hoeverre in hoofdstuk 2 geformuleerde uitgangspunten rond opzegging stand houden.

In dat verband worden ook de vijf uitgangspunten van dit boek verder getoetst aan de wettelijke regelingen en de jurisprudentie.

Reden voor de hierboven beschreven opzet van hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3 is ook dat het onderwerp gelaagd is en dat voordat aan de toetsing in hoofdstuk 3 kan worden toegekomen, in hoofdstuk 2 – net als in hoofdstuk 1 – nogal wat laagjes moeten worden afgekrabd en lijnen moeten worden blootgelegd.

Vervolgens wordt in de afsluitende conclusie ingegaan op de vraag in hoeverre de conclusies uit hoofdstuk 3 ook consequenties hebben of zouden dienen te hebben voor de procedurele aanpak van de geschetste geschillen en de (mogelijke) procesrechtelijke consequenties.

Besloten wordt met een conclusie en een paar aanbevelingen.

HOOFDSTUK 2

ACTIE BINNEN B.V. EN MAATSCHAP

‘Thema’

Inleiding

Ten einde de in de inleiding geformuleerde vier doelstellingen te kunnen verwezenlijken, de daar gestelde vragen te kunnen beantwoorden en om de vijf geformuleerde uitgangspunten te kunnen toetsen wordt hierna eerst ingegaan op de algemene betekenis van de actie of rechtsvordering en vervolgens op de betekenis van de actie of rechtsvordering binnen het B.V.-recht als in zijn aard ‘organisatie- en verantwoordingsrecht’ (dat dus als in hoofdstuk 1, paragraaf 1.2 beschreven element wordt uitgelicht) en binnen het maatschapsrecht als in zijn essentie ‘goede trouw’-recht.

Voorts wordt ingegaan op de rol die de (mogelijkheid van) opzegging speelt bij duurzame ontwijking in, uiteraard, ‘besloten’, maatschapsverhoudingen. Aan het slot van dit hoofdstuk wordt de betekenis van het fenomeen van de rechtspersoonlijkheid voor het onderwerp van dit boek behandeld.

Steeds wordt ingegaan op zowel aan de praktijk als op aan de theorie ontleende argumenten die het kader vormen voor de uitgangspunten. Let wel: opzet is niet alle mogelijke acties op een rij te zetten en deze te analyseren en daaruit conclusies te trekken. Het gaat erom vanuit de systematiek van het ondernemingsrecht verbanden te leggen en lijnen te trekken, waardoor in voorkomende gevallen (de duizend-en-een verschillend casus die zich in de praktijk voordoen) houvast bestaat bij interpretatie.

1. Actie

1.1 Artikel 3:303 BW

Zonder belang geen actie. Artikel 3:303 BW bepaalt dat zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toekomt. Iets te gemakkelijk wordt ook wel gezegd dat niemand nodeloos een geschil mag opwerpen en daarmee de rechter lastig vallen. Beter is de uitleg dat de rechter slechts kan oordelen over voldoen-

de concrete belangen en dat geen oordeel in abstracto kan worden verkregen.⁷¹² In de rechtspraak wordt dit uitgangspunt onder meer zo uitgelegd dat als iemand een zuiver emotioneel belang heeft bij een bepaalde rechterlijke uitspraak, dit op zichzelf onvoldoende is om ontvankelijk te zijn. In het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (*Van Aalten/VU*),⁷¹³ bijvoorbeeld, ging het om de vraag of ouders van een tijdens een zwemles overleden kind ontvankelijk waren in hun verzoek om een verklaring voor recht dat de zwemtherapeute van een zwemvereniging daarvoor aansprakelijk was. Het belang dat de ouders bij deze vordering stelden te hebben was de verwerking van de dood van hun kind. Die verwerking zou pas kunnen aanvangen als de aansprakelijkheid van de vereniging zou zijn vastgesteld. Dit zuiver emotionele belang oordeelde de Hoge Raad evenwel onvoldoende.

Het arrest maakt duidelijk dat er belangen zijn en ‘rechtens te respecteren’ belangen in de zin dat daar – als ook aan eventuele andere formele voorwaarden is voldaan – de ontvankelijkheid ‘begint’ en dan pas door de rechter de consequentie kan worden verbonden van verder onderzoek binnen het kader van de procedure.⁷¹⁴ De rechter wordt geacht terughoudend te zijn bij het afwijzen van een vordering om reden dat er niet voldoende belang bestaat.⁷¹⁵ Onderscheiden wordt ook wel naar het materiële belang – in geval van de actie is dat het doel dat het object van de rechtsvordering is – en het processuele belang – het 3:303 BW belang – dat degene die de vordering instelt moet hebben.⁷¹⁶ Zo mag bijvoorbeeld een rechtsvordering niet willekeurig worden gesplitst in afzonderlijke vorderingen tot erkenning van het gepretendeerde recht – dat belang is op zichzelf onvoldoende – en tot (eventueel later) veroordelen tot een prestatie.⁷¹⁷ Het idee van voldoende ‘belang’ in de zin van artikel 3:303 BW is een kwestie van ontvankelijkheid, een processuele of vormvoorwaarde die niet te zwaar weegt,⁷¹⁸ hoewel daar in de rechtspraak ook nuancerings op te vinden is.⁷¹⁹

Schrage gaat in op de relatie tussen artikel 3:303 BW en artikel 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid), waarbij artikel 3:303 BW volgens de Hoge Raad niet en volgens sommige schrijvers wel als een toepassing van artikel 3:13 BW zou dienen te worden gezien.⁷²⁰

⁷¹² Jongbloed 2008 naar aanleiding van HR 21 december 2001, NJ 2001, 217 (*VJV/Staat*). Hof Arnhem 28 april 2009, LJN: BI5038 (*SNS Regiobank N.V./X.*).

⁷¹³ Hierover Croiset van Uchelen 2010, p. 217 in relatie tot het enquêterecht.

⁷¹⁴ HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers, AA 1997, 4 (*Lampe/Videoworks*).

⁷¹⁵ HR 17 september 1993, NJ 1994, 118, nt. Ras (*Severin/Detam*).

⁷¹⁶ Jongbloed 2008.

⁷¹⁷ Hof Arnhem 28 april 2009, LJN: BI5038 (*SNS Regiobank N.V./X.*).

⁷¹⁸ HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (*Van Aalten/VU*).

⁷¹⁹ HR 17 september 1993, NJ 1994, 118, nt. Ras (*Severin/Detam*).

⁷²⁰ Schrage 2012, p. 68 onder verwijzing naar HR 17 september 1993, NJ 1994, 118, nt. Ras (*Severin/Detam*).

Artikel 3:303 BW:

‘zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe’

maakt duidelijk dat er een bepaalde negatieve samenhang bestaat tussen belang en actie. Dit boek is – zoals in de inleiding opgemerkt – op zoek naar de positieve samenhang en betekenis ervan, voorbij de eis van ontvankelijkheid,⁷²¹ en dan in het bijzonder bij de interpretatie van open normen en begrippen bij geschillen in besloten verhoudingen, en bij uitleg in geval van systeemruimte.

Positieve samenhang tussen belang en actie kan – zoals bekend – daarin bestaan dat als iemand schade lijdt door onrechtmatig handelen of nalaten van een ander, belang bestaat dat deze schade door die ander wordt vergoed. Dit is eigenlijk de meest grove en voor de hand liggende samenhang. Belang en recht liggen daar als begrippen ook heel dicht tegen elkaar. Iemand die recht heeft op vergoeding van schade heeft daar ook juridisch belang bij, dit los van de vraag of hij daar feitelijk belang bij heeft, wat normaal gesproken het geval zal zijn. Omgekeerd heeft niet iedereen die ergens feitelijk of in subjectieve zin belang bij heeft, daar in de juridische betekenis ook (voldoende) belang bij.

De relatie tussen belang en (doel van de) actie, in het geval van de vergoeding van schade ‘ex post’, is duidelijk. Het bestaat ook – eigenlijk belangrijker – ‘ex ante’: de mogelijkheid van een vordering tot positieve nakoming ex artikel 2:396 BW komt voort uit de erkenning dat primair positief belang bestaat bij nakoming en dat schade wordt voorkomen,⁷²² uit de erkenning dat stilzitten onrechtmatig kan zijn, omdat handelen plicht is.⁷²³ Daar kan dan een recht op positieve nakoming uit voortvloeien. Het staat de schuldenaar dan niet vrij er in onverschilligheid voor te kiezen niet na te komen en in plaats daarvan schade te vergoeden.⁷²⁴ Een uitdrukking hiervan is de verplichting tot dooronderhandelen in de precontractuele fase,⁷²⁵ waarbij gerechtvaardigd vertrouwen dat in elk geval enigerlei contract zou resulteren het verschil kan maken tussen de vergoeding van het negatief en het positief contractsbelang.⁷²⁶ Een uitdrukking is ook

⁷²¹ HR 16 mei 1986, NJ 1987, 206, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers (*Van den Broeke/Van der Linden*), waarin het hof in r.o. 6: overweegt: *‘Toewijziging van het door Van der Linden sub 3 gevorderde is iets waarbij hij wel een zeer gering belang heeft. Daar anderzijds ook geen enkel belang van wie dan ook wordt geschaad door toewijziging van dit deel der vordering zal het hof daartoe overgaan.’*

⁷²² Eggens 1923, p. 8, Vegter, 1991, p. 153.

⁷²³ Eggens 1923, p. 8, Eggens 1950, p. 240.

⁷²⁴ Vegter, 1991, p. 153.

⁷²⁵ Pres. Rb. Den Haag 20 juni 1995, KG 1995, 270 (*Groeneveld Winkelbedrijven/Nuts*).

⁷²⁶ HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*), HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742 (*Mat-tel/Borka*), HR 12 augustus 2005, BR 2006, 82 (*CBB/JPO*), HR 29 februari 2008, NJB 2008, 686 (*Shell Nederland Verkoopmaatschappij*), Tjittes, 2006, p. 139 e.v., Strijbos 1985, p. 164.

de gehoudenheid met gerechtvaardigde belangen van de wederpartij rekening te houden bij de beëindiging van duurovereenkomsten.⁷²⁷

Het doen komen vast te staan dat een subject ergens recht op heeft is een van de essentiële functies van het recht. In het kader van dat doen komen vast te staan kan belangenafweging een rol spelen.

1.2 Actie of rechtsvordering

De oplossing van geschillen – ook binnen een ondernemingscontext – wordt door het recht gereguleerd onder meer doordat het recht soms een actie verleent, i.e. een juridische actie of rechtsvordering (bijvoorbeeld in het geval van artikel 2:15 BW waar het gaat om de vernietigbaarheid van besluiten, of artikel 2:447 BW waar het gaat om wijziging van de jaarrekening, op verzoek van een belanghebbende), of reageert, bijvoorbeeld door het stellen van een sanctie (zoals bijvoorbeeld het niet publiceren van de jaarrekening een economisch delict is (artikel 1 sub 4 WED)).

Onder actie of rechtsvordering wordt hier verstaan – zoals in de inleiding al aangegeven – de door de wet gelegeitimeerde bevoegdheid van een voldoende belanghebbende om door inschakeling van een rechter of arbiter bij schending van een uit wet, statuten of contract voortvloeiende norm de handhaving, sanctionering of een andere maatregel naar aanleiding van de schending er van af te dwingen. Naar positief recht geldt niet alleen dat zonder belang de actie niet bestaat,⁷²⁸ maar ook dat – in algemene zin – voor succesvol beroep op de schending van een norm, die norm moet strekken tot bescherming van het geschonden belang.⁷²⁹ Er is dus samenhang tussen belang en actie.⁷³⁰

De actie onderscheidt zich voor het vervolg van dit boek van andere rechtsfiguren door een viertal elementen, te weten belang, doel, vorm en grondslag.

⁷²⁷ HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742, nt. Stein (*Mattel/Borka*): ‘Bij een duurovereenkomst als waarvan hier sprake is, kan het voorkomen dat de partij tot wie de opzegging is gericht, met het oog op het voortduren van de overeenkomst investeringen heeft gedaan welke niet enkel worden gecompenseerd door, of verdisconteerd in, een bepaalde opzegtermijn, waarvan de duur immers mede wordt bepaald door de belangen van de opzeggende partij. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen ondanks de redelijke duur van de opzegtermijn de eisen van redelijkheid en billijkheid nopen tot toekenning van een schadevergoeding.’ Strijbos 1985, p. 164.

⁷²⁸ Artikel 3:303 BW.

⁷²⁹ HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568 (*Beukers/Dorenbos of ‘Tandarts’*), HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (*Poot/ABP*), HR 2 mei 1997, NJ 1998, 348 (*Kip/Rabo*), HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen Beheer*).

⁷³⁰ Eggens 1923, p. 8.

Over belang en de samenhang met de actie gaat dit boek. Doel van dit onderzoek is – zoals in de inleiding al opgemerkt en hier ter wille van de leesbaarheid wordt herhaald – vierledig.

Ten eerste is doel – ruimer – door de beschrijving ervan inzicht te krijgen in de betekenis van de positieve samenhang tussen open norm, belang en actie, en daarmee ook in de betekenis van de samenhang tussen belang en verweer. Dat heeft functie voor de duiding van de inhoud en strekking van open normen (daarbij gelijke gevallen gelijk te behandelen) en bij rechtsvinding in geval van lacunes bij geschillen in besloten ledenverhoudingen in het ondernemingsrecht.

Ten tweede is doel – binnen de eerste doelstelling – inzicht te krijgen in de betekenis van verondersteld belang bij opzegging ('te kunnen opzeggen of ontbinden' in boven omschreven brede betekenis) in relatie tot met het belang bij opzegging in breder perspectief verbonden acties, te weten onder meer die tot schorsing, ontslag, ontzetting, herroeping, uitstoting en uittreding, etc., maar ook die gericht op positieve nakoming, de aantasting van besluiten of het voorkómen of vergoed krijgen van schade, en tot de mogelijkheden van het enquêterecht.

Ten derde ligt in de opzet van dit boek besloten de vraag wat een rechter, arbiter of mediator met kennis van het voorgaande bij conflictbeheersing – bijvoorbeeld bij bemiddeling – in voorkomende geschillen concreet kan. Dit boek heeft met dit laatste dus ook een zekere formele of procedurele component, namelijk als het gaat om gebruik van kennis van de materiële relatie tussen belang en actie bij het regelen of beheersen (objectief door de wetgever of rechter/subjectief door partijen zelf) of al bemiddelend oplossen van geschillen in besloten ledenverhoudingen, ondermeer door gebruik te maken van kennis die in het personen- en familierecht is opgedaan.

Deze drie vragen worden gesteld mede in het perspectief van de vierde vraag, namelijk of over de volle breedte van het ondernemingsrecht aan de hand van het onderwerp een zodanige 'interne' samenhang is te ontwaren dat aan de hand daarvan één geschillenregeling voor besloten verhoudingen kan worden ontworpen, als dat al nodig is.

Het kan niet anders dat voor het verkrijgen van antwoord op deze vragen en voor het verkrijgen van inzicht in de samenhang tussen belang en actie in het brede perspectief van het ondernemingsrecht als gelaagde 'mandarijnenwetenschap',⁷³¹ het organisatie- en verantwoordingsrecht dat het ondernemingsrecht in belangrijke mate in intern en extern opzicht is – zoals in de inleiding al kort aangegeven – zowel als dat van het fenomeen van de rechtspersoonlijkheid dat daar dwars doorheen loopt, op die betekenis voor de concrete rechtsverhouding

⁷³¹ Mendel 1989.

tussen betrokkenen wordt afgepeld en uitgespeld (dus ‘back to basics’). Dat is reden dat het in het vervolg van dit hoofdstuk en in hoofdstuk 3 opzet is terug te keren naar de essentie, ook buiten het enquêterecht om.

Het doel van de actie wordt bepaald door de vraag wat een rechtssubject qua rechtshandhaving met de actie bereiken kan. Wat in rechte met een actie ‘kan’ behoeft hierbij niet te stroken met de gewenste bescherming van het mogelijk subjectief gevoelde belang waarvoor bescherming wordt gevraagd, of vanuit een andere invalshoek geformuleerd: voordat aan rechtshandhaving kan worden toegekomen is er op het punt van het betrokken belang in relatie tot het doel mogelijk eerst een en ander aan de rechter uit te leggen en te motiveren, hetgeen met name bij open normen en begrippen speelt.

De vorm refereert aan de procedurele eisen die aan ontvankelijkheid in rechte worden gesteld en aan het type van de actie. Ontvankelijkheidseisen zijn er verschillende. Te denken valt aan de eis van artikel 3:303 BW (*‘zonder belang geen actie’*), maar ook aan de eisen voor toepassing van de wettelijke geschillenregeling die voor ontvankelijkheid de eist stelt dat:

*‘een of meer houders van aandelen (...) alleen of gezamenlijk ten minste een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen’*⁷³²

en verder bepaalt dat:

*‘indien de statuten of een overeenkomst een regeling bevatten voor de oplossing van geschillen tussen aandeelhouders, de eisers niet ontvankelijk zijn in hun vordering, tenzij gebleken is dat die regeling niet kan worden toegepast.’*⁷³³

De onderscheidingen die naar het type van actie kunnen worden gemaakt zullen op basis van het voorgaande duidelijk zijn: nakoming, schadevergoeding, etc.

De grondslag wordt bepaald door de legitimatie voor de actie: primair is dat de wet (artikel 6:1 BW). Rechtsvorderingen rechtstreeks uit de wet zijn die uit onrechtmatige daad, zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en die tot revindicatie, enz., ieder binnen een eigen context, met een eigen voorondersteld belang, met een eigen doel en vorm, en gekoppeld aan een ‘eigen’ norm. De actie kan ook zijn gebaseerd op een combinatie van wet en contract, zoals die tot het verkrijgen van rekening en verantwoording in het kader van een overeenkomst van opdracht, waar de wet die actie in artikel 7:403 lid 2 BW expliciet noemt. Ook dan vloeit de actie voort uit de wet, net zoals de acties tot nakoming (artikel

⁷³² Artikel 2:336 lid 1 BW.

⁷³³ Artikel 2:337 BW.

3:296 BW) en schadevergoeding (artikel 6:74 en 6:162 BW) uit de wet voortvloeien.

De actie tot het verkrijgen van rekening en verantwoording is gericht op:

- een bijzondere vorm van verantwoording (doel),
- die gebaseerd is op de wet⁷³⁴ en op contract (grondslag)
- en als rechtsvordering kan worden ingeleid door het uitbrengen van een dagvaarding (vorm).

De actie van een aandeelhouder gericht op het doen benoemen door de Ondernemingskamer van een of meer personen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon⁷³⁵ om:

- indien uit het verslag van wanbeleid blijkt, door de Ondernemingskamer voorzieningen te doen treffen (doel),
- welke actie na het bekend maken van bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken⁷³⁶ om ontvankelijk te zijn (vorm),
- door het uitbrengen van een verzoekschrift bij de Ondernemingskamer kan worden ingesteld⁷³⁷ (vorm),
- door de aandeelhouder die een bepaald percentage van de aandelen in de rechtspersoon houdt⁷³⁸ (vorm),
- is gebaseerd op de wet⁷³⁹ (grondslag).

De context van de actie kan dus zeer verschillen.

Hierna wordt eerst de betekenis van B.V.-recht als verantwoordingsrecht zoals kort beschreven in hoofdstuk 1 nader beschouwd. In hoeverre en langs welke lijnen is B.V.-recht verantwoordingsrecht? Voor welke betrokkenen in welke positie? Welke open normen en begrippen hebben daarbij centrale betekenis? Welke betekenis?

⁷³⁴ Artikel 7:403 lid 2 BW dat op de opdrachtnemer de gehoudenheid tot rekening en verantwoording legt.

⁷³⁵ Artikel 2:355 lid 1 BW.

⁷³⁶ Artikel 2:349 lid 1 BW.

⁷³⁷ Artikel 2:345 BW.

⁷³⁸ Artikel 2:346 sub b BW.

⁷³⁹ Artikel 2:345 BW.

2. B.V.-recht

2.1 Acties in besloten verhoudingen

Handhaving van recht in besloten verhoudingen binnen het B.V.-recht door het instellen van acties voor een rechter geschiedt op uiteenlopende wijze, deels omdat geschillen van uiteenlopende aard zijn, deels doordat acties zich ook in besloten verhoudingen onderscheiden door de verschillende elementen belang, doel, vorm en grondslag in allerlei combinaties. De vorm verschilt, bijvoorbeeld doordat de aard van de procedure verschilt (zoals de dagvaarding- ten opzichte van verzoekschriftprocedure in bijvoorbeeld het enquêterecht) of de positie van de rechter een andere is (de ‘gewone’ rechter in de bodemprocedure naast de voorzieningenrechter in kort geding en de enquêterechter).⁷⁴⁰

Het doel verschilt met het recht – de norm – waarvan handhaving gevraagd wordt, maar ook doordat aan de rechter afhankelijk van het type van actie ook verschillende voorzieningen en instrumenten ter beschikking staan (zoals vernietiging van een besluit naast de ontbinding van een overeenkomst, of het herstel van een oorspronkelijke situatie naast verdeling van bijvoorbeeld een boedel of ontbinding van een vennootschap), maar ook doordat verschillende rechters soms op basis van andere uitgangspunten (bijvoorbeeld regels van bewijsrecht) andere beslissingen kunnen of moeten nemen.⁷⁴¹

Dit levert, het kan niet anders, zelfs binnen het beperkte bereik van geschillen in besloten verhoudingen een caleidoscopisch beeld aan mogelijke acties – qua inhoud, vorm en grondslag –, waarbij ook nog eens komt dat correctienormen zoals de artikelen 2:8 (redelijkheid en billijkheid in een rechtspersonenrechtelijke context), 6:2 BW (redelijkheid en billijkheid in een algemeen verbintenissenrechtelijke context), 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid in een contractuele context) en 3:166 lid 3 BW (redelijkheid en billijkheid in de context van de onbenoemde gemeenschap, zowel voor als na ontbinding, waardoor deze ook op de ontbonden maatschap en V.O.F. van toepassing zijn) – als bijzondere uitwerking van samenhang tussen belang en actie – ieder in een eigen ‘sub-systeem’ een rol spelen en ook ex ante tot aanpassing van gedrag aanleiding kunnen geven.

Zo kan artikel 2:8 lid 1 BW – zoal gezien – via de mogelijkheid van het kort geding, maar ook via de weg van artikel 2:349a lid 2 BW in het enquêterecht gebruikt worden om bij dreigende inbreuk op een bepaald betrokken belang

⁷⁴⁰ Hof Amsterdam 7 november 1996, KG 1997, 3 (*Gaus/Dijkshoorn*).

⁷⁴¹ Rb. Zwolle-Lelystad 27 juni 2012, JOR 2012, 249, nt. Jager (*Meepo Holding/Meefout*).

vooraf correctie door de rechter te forceren.⁷⁴² Het beeld is dus caleidoscopisch, wat op zichzelf niet bezwaarlijk is, en onvermijdelijk. Maar het eveneens onvermijdelijke gebruik van open normen en open begrippen door de wetgever uit hoofde van de noodzakelijke spankracht die die paar in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen ook moeten hebben, leidt soms ook tot rechtsonzekerheid.⁷⁴³

Een paar belangrijke elementen zijn, als het gaat om de samenhang tussen belang en actie, bij eerste onderzoek wel te onderscheiden.

Ten eerste geldt ook hier dat hoe concreter een norm is geformuleerd, des te minder ruimte voor en noodzaak bestaat tot interpretatie van het betrokken belang in relatie tot de norm.⁷⁴⁴ De rechtsposi(s)te zijn dan duidelijk(er).

Als artikel 7:403 lid 2 BW in de besloten verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer concreet bepaalt dat de opdrachtnemer bij het einde van de opdracht rekening dient te doen van in het kader van de opdracht uitgegeven of ontvangen gelden, dan is de vraag of de opdrachtgever bij de rekening belang heeft eigenlijk door de wetgever zelf al beantwoord en zal reeds daardoor aan de eis van voldoende belang (inclusief die van artikel 3:303 BW) zijn voldaan: de opdrachtgever heeft voldoende belang bij de rekening zo volgt uit artikel 7:403 lid 2 BW. Daaraan gaat dan wel vooraf dat de opdrachtgever moet stellen, en bij betwisting bewijzen of tenminste aannemelijk maken dat sprake is van een overeenkomst van opdracht en dat de opdrachtnemer voor hem in het kader van de opdracht gelden uitgegeven of ontvangen heeft. De opdrachtgever heeft belang, maar moet – met andere woorden – door de rechter wel eerst als opdrachtgever worden her- en erkend.

Dit uitgangspunt – hoe concreter een norm geformuleerd, des te minder ruimte voor en noodzaak bestaat tot interpretatie van het betrokken belang in relatie tot de norm – lijkt anderzijds ook te gelden voor de te voeren verweren: staat de opdracht aan de betreffende opdrachtnemer eenmaal voldoende vast en houdt deze mede in het ontvangen of uitgeven van gelden ten behoeve van de opdrachtgever, dan biedt verweer van de opdrachtnemer neerkomende op de betwisting van het belang aan de zijde van de opdrachtgever geen soulaas.

Bij open normen en begrippen geldt het omgekeerde. Goede trouw, redelijkheid en billijkheid, zorgvuldigheid en betamelijkheid vergen belangenafweging.⁷⁴⁵

⁷⁴² Vgl. Hof Arnhem, 26 mei 1992, NJ 1993, 182 (*Uniwest*) en nt. Maeijer bij HR 29 november 1996, NJ 1997, 345, concl. Mok (*Van Andel/Chipshol Forward*).

⁷⁴³ Van der Grinten 1949, p. 17.

⁷⁴⁴ Smits 1995, p. 101.

⁷⁴⁵ Zie het eerder aangehaalde artikel 3:12 BW. Van der Grinten 1965, p. 60 e.v., Noldus 1969, p. 184, Maeijer 1984, p. 258, Timmerman 2009, p. 13, Van Ginneken & Timmerman 2011, p. 602 en 603.

Dat in een vennootschappelijke context op betrokkenen de norm rust zich naar redelijkheid en billijkheid jegens elkaar te gedragen, is duidelijk. Dat zij in voorkomende gevallen beoogt bepaalde belangen te beschermen ook. Belangenafweging speelt daardoor een rol⁷⁴⁶ en daardoor ook de vraag naar de hiërarchie van de betrokken belangen.⁷⁴⁷ Welk belang geschonden wordt, eventueel onder toepassing van een bepaalde wegingsfactor zoals het evenredigheidsbeginsel,⁷⁴⁸ mede in aanmerking genomen bepaalde binnen het ondernemingsrecht vaste indicatoren zoals het belang van de vennootschap en de ermee verbonden onderneming, en dat de normen van redelijkheid en billijkheid of andere open normen dat belang beogen te beschermen, zal gesteld en bij betwisting bewezen, of ten minste aannemelijk moeten worden gemaakt. Dat kwam ook al aan de orde in de inleiding, paragraaf 6 en 8, en wordt hieronder verder uitgewerkt.

2.2 ‘Verantwoordingsrecht’

In het hierboven gekozen voorbeeld komt naast rekening ook het open begrip verantwoording voor. Verantwoording is in het voorbeeld gerelateerd aan de opdracht, maar heeft in het recht en ook in besloten verhoudingen in het B.V.-recht in een ondernemingsrechtelijke context een veel bredere, geschakeerde, en in hoofdstuk 1, paragrafen 1.2 en 1.3 al gememoreerde betekenis. Als doel van een actie een vorm van verantwoording is, is de vraag naar de samenhang tussen belang en actie tevens een vraag naar de samenhang met het fenomeen van de verantwoording en dus naar verantwoordingsrelaties binnen het ondernemingsrecht. Hiermee komt het *tweede* element in beeld.

In algemene zin geldt, zoals in de in hoofdstuk 1, paragraaf 1.2 en 1.3 beschreven functies van wet en statuten al tot uitdrukking komt, dat het recht betreffende Boek 2 BW-rechtspersonen naast organisatie- in belangrijke mate ook verantwoordingsrecht is, in velerlei opzicht en met verschillende uitwerking. Dat geldt ook voor personenvennootschappen – waarover paragraaf 3 hierna. Voor de hand ligt wat betreft de idee van verantwoording te wijzen op de link tussen het hiervoor gekozen voorbeeld van de overeenkomst van opdracht met de beheersregeling van artikel 7A:1673 BW e.v. bij personenvennootschappen:

‘De vennoot die bij een bijzonder beding van de overeenkomst van maatschap met het beheer belast is, kan, zelfs in weerwil der overige vennoten, alle daden verrigten, welke tot zijn beheer betrekkelijk zijn’,

⁷⁴⁶ Noldus 1969, p. 177. De Jongh 2011, p. 614, onder verwijzing naar Tjong Tjin Tai 2007 en HR 30 okt. 1964, NJ 1965, 107 (Mante).

⁷⁴⁷ Van Ginneken & Timmerman 2011, p. 606/607 en Schild 2011/1, p. 622.

⁷⁴⁸ Eggen, 1950, p. 249, Van der Grinten 1969, p. 77 e.v., Van Ginneken & Timmerman 2011, p. 602 en 603.

met de wettelijke taakstellingen van artikel 2:129/239 BW voor de B.V. en N.V.:

‘behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap’,

met die van artikel 2:44 BW voor de coöperatie:

‘behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vereniging’,

en met artikel 2:9 BW:

‘elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak.’ (onderstrepingen P).

Aanvaarding van deze taak of opdracht door de opdrachtnemer – of dat nu in een contractuele of in een rechtspersonenrechtelijke context is – betekent dat hij, net als voor partijen bij andere overeenkomsten en net als bij andere vergelijkbare in de wet geregelde gevallen, zoals zaakwaarneming, een zekere autonomie inlevert om daartegenover van de opdrachtgever/ledenvergadering vrijheid terug te krijgen.

De opdrachtnemer wordt daarmee verondersteld niet meer ‘uitsluitend’ in het eigen belang te handelen (met alle kanttekeningen die daarbij juridisch gezien te plaatsen zijn), maar wat betreft de uitvoering van de taak of opdracht in dat van de opdrachtgever, zeker als het gaat om een zakelijke opdracht.⁷⁴⁹ Hij is gehouden aanwijzingen betreffende de uitvoering van de opdracht op te volgen. Anderzijds geldt volgens artikel 7:402 lid 2 BW dat de opdrachtnemer die op redelijke grond niet bereid is de opdracht volgens de hem gegeven aanwijzingen uit te voeren, de overeenkomst kan opzeggen wegens gewichtige redenen, als de opdrachtgever hem niettemin aan die aanwijzingen houdt.⁷⁵⁰

Op de van de opdrachtgever verkregen vrijheid sluit de gehoudenheid van de opdrachtnemer om zich te verantwoorden aan. Het is daarom dat de opdrachtgever zich steeds kan informeren over de stand van de opdracht.⁷⁵¹ Het is daarom

⁷⁴⁹ Kaser & Wubbe 1971, p. 222 n.a.v. de *mandatum* (lastgeving) in het Romeinse recht: *‘De te verrichten handeling kan zijn in het belang van de lastgever (mandator) of van een derde, zij mag niet in het in het uitsluitend belang van de lasthebber zelf zijn; immer zodanig mandatum tua gratia zou niet méér zijn dan een vrijblijvend advies.’*

⁷⁵⁰ Vgl. Tjong Tjin Tai 2007, p. 704.

⁷⁵¹ Artikel 7:403 lid 1 BW.

dat de opdrachtgever de overeenkomst van opdracht te allen tijde kan opzeggen.⁷⁵²

Het is hier dat de idee van ‘governance’ begint, zij het dat in de context van vennootschap en rechtspersoon een veelheid van belangen betrokken kan zijn waarover, in welke (geobjectiveerde) vorm en om welke reden dan ook, verantwoording dient te worden afgelegd aan meer en minder direct belanghebbenden, intern en extern. Te denken valt aan de functies van de jaarrekening en de jaarrekeningprocedure, in intern en in extern opzicht,⁷⁵³ waar de idee van belang een bijzondere rol speelt.⁷⁵⁴

Verantwoording door de opdrachtnemer (‘governance’) is hierbij in essentie niets anders dan ofwel het ‘ex ante’ door de opdrachtnemer vragen om duidelijkheid of goedkeuring aan de opdrachtgever, waarmee de opdracht scherper wordt gesteld, en bij voorbaat decharge wordt verleend,⁷⁵⁵ dan wel transparante beantwoording ‘ex post’ van de vraag van de opdrachtgever wat de opdrachtnemer gedaan en/of nagelaten heeft om te komen tot een goede uitvoering van de opdracht, en met name ook waarom. De wijze waarop deze laatste vraag inhoudelijk wordt beantwoord, kan het verschil maken bij de toerekenbaarheid van door de opdrachtgever geleden schade aan de opdrachtnemer. Dit is mede afhankelijk van de vraag of het gaat om aansprakelijkheid uit contract, uit statuten of uit de wet, en voorts van de aard – resultaat of inspanningsverbintenis – en inhoud van de opdracht.⁷⁵⁶

Het is in een rechtspersonenrechtelijke context ook afhankelijk van de aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding.

Het voorgaande laat in essentie ook zien – en dit is in wezen een dijk van een open deur, maar daarom nog niet minder relevant – dat indien en zodra het gaat om verantwoording, de ultieme toets van de vraag of de opdracht naar behoren werd verricht dan wel of daarover in voldoende mate verantwoording werd afgelegd, in handen dient te liggen van een buitenstaander ten opzichte van de relatie opdrachtgever/opdrachtnemer – die rechter⁷⁵⁷ of arbiter kan zijn, maar in ieder geval een persoon of instantie die voldoende onafhankelijkheid, objectiviteit en deskundigheid ten aanzien van beide vragen kan opbrengen, in beider belang –

⁷⁵² Artikel 7:408 lid 1 BW. Kaser & Wubbe 1971, p. 222: ‘Aangezien mandaat berust op vertrouwen, gaat het teniet, wanneer de lastgever het herroept (revocare) of de lasthebber weigert het uit te voeren.’

⁷⁵³ Artikel 2:447 e.v. BW. Vgl. OK 10 januari 2002, ARO 2002, 18 (*Viba*).

⁷⁵⁴ HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers, AA 1997, 4, nr. 6 (*Lampe/Videoworks*).

⁷⁵⁵ Prinsen 1995, Huisjes 2010.

⁷⁵⁶ Artikelen 2:9 BW en 6:162 Lid 3 BW.

⁷⁵⁷ OK 30 december 2002, ARO 2003, 18 (*Aesculaap Beheer*).

zowel van opdrachtgever als van opdrachtnemer, als ook in het opzicht van overigens betrokken belangen, en die op wat voor manier dan ook opportunistisch gedrag kan beteugelen.

Hier grijpt ook de rol van de bemiddelaar op aan. Voor de verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer wordt hier de stelling wel aangedurfd dat hoe gelaagd die verhouding – van private of publieke aard – organisatorisch, financieel of anderszins ook is, hoe direct of indirect de relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer en hoe persoonlijk of hoe algemeen de betrokken belangen ook zijn, het vooronderstelde ‘systeem’ van verantwoording in essentie corrupt is als aan dit uitgangspunt afbreuk wordt gedaan.

Criteria bij de toets of aan de inhoud van de opdracht werd voldaan, zijn de taakstelling bij aanvang en de tussentijdse goedkeuring als pendant van de decharge, en – bij onduidelijkheid – een redelijke uitleg, zowel van de inhoud van de opdracht, als van de context waarbinnen de opdracht werd gegeven en uitgevoerd.⁷⁵⁸ Alsook, bij ontbreken van expliciete duidelijkheid van de zijde van de opdrachtgever, de mate waarin aan het door de opdrachtgever gestelde en kenbare belang werd voldaan.

De decharge door de opdrachtgever is dan niets anders dan de negatieve beantwoording van de vraag van de opdrachtnemer of de opdrachtgever hem nog op de uitvoering van zijn taak aanspreekt.⁷⁵⁹ Een antwoord dat in bevrijdende zin overigens ook door een derde, een arbiter of rechter, gegeven zou kunnen worden, en waarbij aan de zijde van de opdrachtnemer belang bestaat. Keerzijde is de mogelijkheid van vernietiging van een dechargebesluit in het enquêterecht.⁷⁶⁰

Met het voorgaande staat het belang van de opdrachtgever zowel in geschreven als in ongeschreven context duidelijk in directe relatie tot de acties waarover de opdrachtgever in voorkomende gevallen tegenover de opdrachtnemer beschikt. Sterker: een systeem waarbij dat niet zo is loopt gerede kans te falen, hoe goed de bedoelingen van betrokkenen mogelijk ook zijn. Het betekent dat uitgangspunt moet zijn dat een meerderheid er bij de bepaling van zijn gedrag (handelen of nalaten) op moet rekenen dat dat handelen of nalaten toetsbaar is.

De opdrachtnemer dient zich te ‘verantwoorden’⁷⁶¹ en dat kan op verschillende manieren. Dit wordt in het ondernemingsrecht gecompliceerd door de – het zij al opgemerkt – veelheid van betrokken belangen, maar ook door het wettelijke,

⁷⁵⁸ Vgl. HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/BPF*) en HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen Beheer B.V.*).

⁷⁵⁹ Van der Grinten 1987, p. 101, nt. Raaijmakers, AA 190, 328 bij HR 20 oktober 1989, NJ 1990, 308 (*Ellem Beheer B.V.*).

⁷⁶⁰ OK 13 juli 2011, ARO 2011, 116 (*Meepo*).

⁷⁶¹ Cahen 1987, p. 150/151.

statutaire en contractuele kader waarin die belangen spelen en formeel meer of minder zijn geborgd,⁷⁶² door het ‘meerderheid-/minderheid- en (toerekening aan de) rechtspersoon-denken’ en doordat ook derden zoals schuldeisers ten opzichte van de rechtspersoon positie hebben. Zo wordt ook decharge als fenomeen in de context van het ondernemingsrecht daardoor een vanuit allerlei perspectief betekenis hebbend begrip.

Zo kan een dechargebesluit in strijd met de rechtspersonenrechtelijke redelijkheid en billijkheid zijn en dus vernietigbaar, kan een curator in een faillissement geconfronteerd met een decharge daartegen positie willen innemen,⁷⁶³ kan een dechargebesluit in het enquêterecht worden vernietigd⁷⁶⁴ en rijst de vraag wat daar de consequenties van zijn, en wordt voorts decharge geacht zich slechts uit te strekken tot wat in de jaarrekening bekend is gemaakt en niet tot hetgeen uit anderen hoofde bekend is.⁷⁶⁵

2.3 Verantwoording bij vennootschap en rechtspersoon

Ten derde rijst de vraag welke ruimte het wettelijk dwingende kader van Boek 2 BW⁷⁶⁶ laat om binnen het B.V.-recht te denken in de hiervoor beschreven termen van samenhang tussen belang en actie. De relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer wordt hier verder geduïd als ‘verticale relatie’, in visuele zin overeenkomstig de organogrammen die bij faillissementscuratoren wel aan de muur plegen te hangen – de uiteindelijke zeggenschapshouder zit ‘bovenin’, zoals bijvoorbeeld Hurks in de casus van het arrest *SOBI/Hurks*,⁷⁶⁷ die als volledige zeggenschapshouder in de moeder- door schuldeisers van de dochtermaatschappij met succes aansprakelijk werd gehouden voor door hen door het onvoldaan blijven van hun vorderingen geleden schade.

‘Horizontaal’ is dan de relatie tussen bijvoorbeeld aandeelhouders of vennoten.

Wat betreft besloten verhoudingen geldt – hier vooralsnog beperkt tot de B.V. – dat de taakopdracht van de bestuurder in algemene zin voortvloeit uit artikel 2:129/239 lid 1 BW:

‘Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap (onderstreping P).’

⁷⁶² Zie bijvoorbeeld Titel 2:9 BW.

⁷⁶³ Hierover Van der Sangen 2012/1, p. 63

⁷⁶⁴ Zie hierover kritisch Raaijmakers 2013, p. 14 e.v.

⁷⁶⁵ HR 25 juni 2010, NJ 2010, 373 (*A./Dingemans qq.*).

⁷⁶⁶ Artikel 2:25 BW.

⁷⁶⁷ HR 21 december 2001, NJ 2005, 96. Zie voor vergelijkbare situatie overigens Hof Amsterdam 3 juli 2012, JOR 2012, 283, nt. Van Thiel (*Van den Boogert/Wanders Coatings*).

En, lid 3:

‘Bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.’

De gehoudenheid van een bestuurder als opdrachtnemer om zich over het door hem gevoerde bestuur te verantwoorden is hierbij – net als bij de overeenkomst van opdracht – gebaseerd op meerdere grondslagen, waarbij de belangrijkste worden gegeven door lid 1 en lid 3. Deze worden binnen de bijzondere context van het rechtspersonen- en B.V.-recht uitgebreid, enerzijds door de gehanteerde open begrippen – wat is besturen?, wat betekent belast zijn?, wat is de taak?, wat is het belang van de vennootschap? –, anderzijds doordat wet, statuten, contract (geschreven en ongeschreven) en redelijkheid en billijkheid daaraan invulling geven.

Indien het eerste uitgangspunt gevolgd wordt, dan dient de vraag naar bestaan, omvang en inhoud van de verantwoordingsplicht in niet (geheel) door wet, statuten en /of contract expliciet geregelde gevallen *vooraf* te worden gegaan door analyse van de aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding in het perspectief van deze grondslagen. Zonder die voorafgaande analyse kan ook geen antwoord bestaan op de vraag of mogelijk(er)wijs aan wet, statuten of contract moet worden gederogerd.

Bijzonder is dat een verantwoordingsrelatie bestaat in relatie tot de rechtspersoon en de bij zijn organisatie betrokken personen intern, maar ook extern kan bestaan in relatie tot belanghebbenden zoals schuldeisers en werknemers, al dan niet via ondernemingsraad of vakbond, in de met de rechtspersoon als ondernemer verbonden onderneming.

Bijzonder is voorts dat in besloten verhoudingen ook in de horizontale relatie (dus van de meerderheid naar de minderheid) een verantwoordingsrelatie bestaat indien en zodra besluiten of gedrag van de meerderheid aan de rechtspersoon worden toegerekend. Op deze relatie wordt in hoofdstuk 3 nog uitgebreid teruggekomen.

Bijzonder – ook bij besloten verhoudingen – is voorts dat sommige verplichtingen zuiver intern betekenis hebben, andere daarnaast ook in extern opzicht. Dat is relevant vanwege de daardoor te onderscheiden belangen in intern en/of extern perspectief en de relatie tussen belang en actie.

Het meest voor de hand liggende voorbeeld hiervan is dat een ‘externe’ crediteur geen actie ontleent aan artikel 2:9 BW, maar wel in algemene zin belang heeft dat een bestuurder de hem opgedragen taak jegens de rechtspersoon behoorlijk vervult. Sterker: het zou wel eens zo kunnen zijn dat als de bestuurder

er intern ‘een potje van maakt’⁷⁶⁸ en dat maar ernstig genoeg is, dat ook extern betekenis heeft waar het gaat om het verschil tussen verwijtbaarheid en ernstige verwijtbaarheid die noodzakelijk is voor de toerekening van door derden geleden schade aan de bestuurder persoonlijk.⁷⁶⁹ Soms dus kunnen alleen intern betrokkenen een actie aan de betreffende verbintenis ontleenen, soms ook alleen extern betrokkenen, soms ook is sprake van een combinatie met verschillende, genuanceerde, uitwerking en samenhang. Dit wordt hierna toelicht.

Uitgangspunt in de voorgaande benadering is primair artikel 2:9 BW:

‘elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak.’

waar het artikel tot 1 januari 2013 sprak over:

‘jegens de rechtspersoon’ en ‘de hem opgedragen taak’.

‘Zijn taak’ verschilt niet, althans niet in de hierna volgende benadering van ‘de hem opgedragen taak’.

Nog steeds uitgaande van een B.V. geldt dat het binnen de systematiek van de wet primair aan de aandeelhoudersvergadering is om, als bevoegd orgaan voor de rechtspersoon daartoe een besluit nemend, het bestuur met die taak te belasten en vervolgens het bestuur daarop ook aan te spreken. Dat past binnen de categorie van besluiten die de verantwoordingsrelatie construeren, van aan de ene kant van het spectrum de benoeming van het bestuur, tot aan de andere kant de schorsing en het ontslag er van. Het past in de idee dat de ledenvergadering het laatste woord heeft.

⁷⁶⁸ OK 14 september 2009, ARO 2009, 136 (*Rofitec Group*), OK 27 april 2012, ARO 2012, 65 (*Greenchoice*).

⁷⁶⁹ Vgl. Timmerman 2011, p. 259 rechterkolom, HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*), HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (*SOBI/Hurks*), HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/BPF*) en HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen Beheer B.V.*), OK 14 september 2009, ARO 2009, 136 (*Rofitec Group*). Let wel op HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568 (*Beukers/Dorenbos of ‘Tandartsarrest’*), HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (*Poot/ABP*), HR 2 mei 1997, NJ 1998, 348 (*Kip/Rabo*): ‘De regel dat onrechtmatig is een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, heeft betrekking op de zorgvuldigheid die in een bepaalde verhouding tegenover een of meer bepaalde anderen (lees: de rechtspersoon, P) behoort te worden betracht en is dus naar haar aard niet een norm die strekt tot bescherming van de belangen van allen die schade lijden als gevolg van het feit dat de vereiste zorgvuldigheid tegenover die bepaalde anderen niet in acht is genomen.’ (onderstrepingen P).

Verwezen wordt naar de artikelen 2:132/242 lid 1 (benoeming van bestuurders door aandeelhoudersvergadering), 2:132/242 lid 4 (mogelijkheid om bij de statuten te bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de algemene beleidsaanwijzingen van een ander orgaan),⁷⁷⁰ 2:10 (administratieplicht), 2:107/217 lid 2 (informatieplicht naar aandeelhoudersvergadering), 2:107a (bijzondere goedkeuringscategorieën bij de N.V.), 2:140/250 lid 2 BW (advies en toezicht raad van commissarissen) 2:141/251 (informatieplicht naar raad van commissarissen), 2:129/239 lid 6 BW (informatieplicht bij tegenstrijdig belang),⁷⁷¹ 2:257 (schorsingsbevoegdheid raad van commissarissen), 2:210 lid 1 (opmaken jaarrekening bestuur), 2:210 lid 3 (vaststellen jaarrekening door aandeelhoudersvergadering) en 2:244 BW (schorsings- en ontslagbevoegdheid aandeelhoudersvergadering).

Bij de inhoud van de taakstelling aan het bestuur als bedoeld in artikel 2:9 BW moet voor een B.V. *allereerst* worden onderscheiden naar de uit de wet voortvloeiende taak. Die taak wordt gevormd door de artikelen 2:129/239 en 130/240 lid 1 BW (de taak de vennootschap te besturen en te vertegenwoordigen), de artikelen 2:10 (administratieplicht), 2:107/217 lid 2 en 129/239 lid 6 (informatieplicht naar raad van commissarissen en aandeelhoudersvergadering), 2:141/251 BW (informatieplicht naar raad van commissarissen), 2:194 (bijhouden aandeelhoudersregister), 2:210 lid 1 (opmaken jaarrekening) en 2:394 BW (publicatie jaarrekening).

Belangrijk sedert 1 januari 2013 is ook de in artikel 2:129a/239a BW gegeven mogelijkheid bij statuten te bepalen dat bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders.

Als *volgende* categorie die de taakstelling constitueert gelden de statuten en het reglement. Gewezen kan worden op het statutaire doel en op bijzondere goedkeurings- en verantwoordingscategorieën ter zake van te nemen of reeds genomen besluiten. Voor de flex-B.V. is de betekenis hiervan nog uitgebreid doordat – zoals al opgemerkt – in de statuten ook verbintenissen ten laste van de vennootschap kunnen worden opgenomen die de taken voor het bestuur verder vorm en inhoud geven.

Constituerend zijn *voorts* – in de praktijk nog wel eens onderschat – besluiten van de aandeelhoudersvergadering en raad van commissarissen – mede invulling gevende aan de bijzondere verantwoordingsrelatie tussen bestuur enerzijds en aandeelhoudersvergadering en/of raad van commissarissen anderzijds – zoals hiervoor bedoeld, maar ook besluiten van het bestuur zelf, per besluit be-

⁷⁷⁰ Zie voor geval waarin bestuurder niet gehouden werd geacht instructies van meerderheidsaandeelhouder op te volgen OK 20 mei 2009, ARO 2009, 79 (*TFE*).

⁷⁷¹ OK 19 december 2005, ARO 2006, 5 (*Lambers Beheer*).

schouwd, maar ook in reeksen, alsook besluiten waarmee reglementen worden vastgesteld, in het bijzonder bestuursreglementen en reglementen voor de raad van commissarissen, meer in het bijzonder reglementen met een ‘governance’ achtergrond.⁷⁷²

De opgedragen taak vloeit – bij wijze van grondslag – *ten vierde* voort uit het contract (arbeidsovereenkomst, overeenkomst van opdracht/managementovereenkomst⁷⁷³). Ook deze categorie kan een uitwerking hebben in besluiten of reeksen van besluiten.

Belangrijk wat betreft de taakstelling in deze categorie en dus wat betreft de grondslagen voor verantwoording – in het bijzonder in besloten verhoudingen – zijn ook contracten die in meer indirecte zin de rechtsverhouding tussen de bij de rechtspersoon betrokken personen inhoud geven, ook als de bestuurder daar niet direct partij bij is. Zo bijvoorbeeld het joint venture contract of de onderlinge regeling tot samenwerking in het kader waarvan een bestuurder als directeur van de joint venture B.V. is aangesteld.⁷⁷⁴ Te denken valt ook aan de betekenis van het ondernemingsplan en aan in het kader van de financiering van de vennootschap door banken gestelde voorwaarden. Bij de vaststelling van de rechtgevolgen gaat het dan in het bijzonder ook om (analyse van) de aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding.

Immers, met de constatering dat ook de familieverhouding, voorafspraken, het joint venture karakter, het coöperatieve karakter, etc., alsook de bijzondere besloten verhouding tussen de aandeelhouder en het bestuur constituerend kunnen zijn voor een zekere vorm en mate van verantwoording door het bestuur schuift de grondslag van de verantwoording enerzijds op van een meer expliciete naar een meer impliciete en dus meer uitleg behoevende verantwoording op basis van open begrippen en open normen – nog steeds *ex ante* en *ex post* –, en anderzijds naar de aanname dat waar de rechtspersoon zich als zodanig verbindt – vertegenwoordigd door het bestuur –, ook de ruimte van de bestuurder om dan nog in autonomie zijn gang te gaan, beperkt wordt. De ultieme vorm van verantwoording in beide gevallen is de ‘*ex post*’ verantwoording *ex onrechtmatige daad* aan de hand van de maatschappelijke of vennootschappelijke zorgvuldigheidsnorm.

Naarmate de verantwoording impliciet wordt en meer uitleg behoeft, wordt het interessanter, want relevanter, om na te gaan welke betekenis de samenhang tussen belang en actie heeft of kan hebben, en dan in het bijzonder bij geschillen in besloten verhoudingen.

⁷⁷² Bijvoorbeeld de zorgbrede governance code 2010.

⁷⁷³ Bennaars & Zaal 2012, p. 13 e.v.

⁷⁷⁴ OK 20 mei 1999, JOR 2000, 72 (*Versatel*), nt. Blanco Fernández.

Wat naar aanleiding van het voorgaande voorts opvalt is dat als het gaat om verantwoording soms het belang in de betreffende wettelijke regeling relatief verdergaand ‘geobjectiveerd’ is, zoals bijvoorbeeld in bepalingen als de artikelen 2:107/217 lid 2 BW:

‘Het bestuur en de raad van commissarissen verschaffen de algemene vergadering van aandeelhouders alle verlangde inlichtingen tenzij een zwaarwichtig belang der vennootschap zich daartegen verzet.’

en 2:129/239 lid 6 BW (onthoudings- en informatieplicht naar raad van commissarissen en aandeelhoudersvergadering in geval van tegenstrijdig belang), 2:141/251 lid 1 BW:

‘Het bestuur verschaft de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens.’

Het geldt ook voor bepalingen als artikel 2:210 (opmaken/vaststellen jaarrekening) en 394 BW (publicatie jaarrekening). In andere gevallen zal het positieve belang bij een actie tegen de bestuurder op de gebruikelijke manier gesteld en bewezen moeten worden (artikel 2:9 BW en 2:129/239 lid 5 BW en meer in het algemeen de vennootschappelijke betamelijkheid)⁷⁷⁵ en biedt dat ook ruimte voor met de betwisting van het belang verband houdende verweren.⁷⁷⁶

Soms bestaat de actie bij schending van het belang conform de wettelijke regel kennelijk direct, in andere gevallen is er een minder directe relatie. Aan schending van artikel 2:10 BW (de administratieplicht) verbindt artikel 2:138/248 lid 2 BW de directe consequentie van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, en het vermoeden dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Wat betreft artikel 2:9 BW (dus als het gaat om interne aansprakelijkheid) is het verband tussen de schending van de administratieplicht en het aan de zijde van de vennootschap daarbij verbonden belang al ‘iets’ implicieter maar wel voor de hand liggend, omdat schending van de belangrijke door de wet ‘opgedragen taak’ van de administratieplicht waarschijnlijk weinig ruimte laat voor tegenbewijs als de vennootschap daardoor schade lijdt.

Het verband tussen belang en de idee van risicobeheersing en controle van artikel 2:141/151 lid 2 BW is nog wat implicieter.⁷⁷⁷ Kan een curator in een faillis-

⁷⁷⁵ HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen Beheer*).

⁷⁷⁶ HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/BPF*).

⁷⁷⁷ Het artikel komt er op neer dat elk bestuur naar de eisen van het bedrijf over een beheers- en controlesysteem dient te beschikken, ook als er geen toezichthoudend orgaan is. Sprake is door de invoering van artikel 2:141 lid 2 BW ook voor de B.V. van een verschuiving van de idee van risicobeheersing en -controle naar ook niet beursgenoteerde

sement van de ‘bakkerij-B.V. om de hoek’ aan de bestuurder daarvan vragen wat hij gedaan heeft aan risicobeheersing en -controle, en zijn bij negatieve beantwoording het gewicht van de vraag en de consequenties van het antwoord rechtens even zwaar wegend als bij verzuim van de administratieplicht? Mag de raad van commissarissen afgaan op wat bestuur over de staat van de administratie c.q. de staat van het risicobeheersing en controlesysteem meedeelt?⁷⁷⁸ Kunnen de consequenties van het verzuim van risicobeheersing en -controle even zwaar zijn als het verzuim van de administratieplicht? Gemeten naar de aard en eisen van het bedrijf?

Hetzelfde impliciete karakter heeft de relatie tussen belang en publicatieplicht,⁷⁷⁹ de relatie tussen belang en accountantscontrole⁷⁸⁰ en de relatie bij het verzuim er van. Deze samenhang tussen belang en mogelijke acties van individuele schuldeisers, dus in extern opzicht, vergt behoorlijk wat uitleg,⁷⁸¹ bestaat wel degelijk,⁷⁸² maar gaat het bestek van dit boek te buiten.

ondernemingen, alsook ook naar de non-profit sector, gelet op de verschillende governancecodes. De vraag rijst wat een beheers- en controlesysteem in die kleinere, vaak besloten verhouding betekent en wat dat aan extra belasting in de dagelijkse gang van zaken meebrengt. Was niet idee achter de invoering van de flex-B.V. niet ook verlichting van administratieve lasten? De toelichting van de wetgever bij de wetsbepaling is overigens zeer beperkt. Bij beheers- en controlesystemen gaat het om *risicobeheersing* en controle. Verwezen wordt in de toelichting naar de aanbevelingen van de commissie Peeters, de code Frijns (de Corporate Governance Code) en naar de richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving waarin vergelijkbare bepalingen over risicobeheersing en controle zijn opgenomen. Maar als het gaat om de ‘eisen van het bedrijf’ brengen deze verwijzingen niet veel verder als het gaat om concrete uitleg. Vgl. OK 22 mei 2002, ARO 2002, 59 (*Laurus*), Timmerman 2011, p. 257 e.v.

⁷⁷⁸ OK 16 oktober 2003, ARO 2003, 168 (*Laurus*), r.o. 3.6, Timmerman 2011, p. 362.

⁷⁷⁹ AG bij HR 11 juni 1993, NJ 1993/713 (*Brens/Sarper*).

⁷⁸⁰ HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 2 (*Van Schilt/Jansen*) en Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2011, RI 2012, 21 (*Helioform*).

⁷⁸¹ Artikel 2:10 BW en Rb. Maastricht 19 januari 1995, NJ 1996, 30 (*Van Dooren en Mennen qq./Künz*). Een administratie voldoet volgens de rechtbank aan de eisen van de wet als snel inzicht te krijgen is in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment, terwijl deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en de omvang van de onderneming een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie. De rechtbank overwoog voorts dat weliswaar kan worden toegegeven dat nog altijd vele rechtshandelingen (mogen) plaatsvinden zonder dat daarvan schriftelijke bewijsstukken bestaan, maar dat dit niet wegneemt dat het bestuur zodanige aantekeningen over de vermogenstoestand van de rechtspersoon hoort bij te houden dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen blijken. Deze verplichtingen zijn onder meer bedoeld om de belangen van crediteuren bij een eventueel faillissement te waarborgen. Daarom moeten belangrijke financiële transacties – in dit geval het als oninbaar afboeken van schulden, het overhevelen van vermogensbestanddelen naar het privé-vermogen van de bestuurder/enig aandeelhouder en het opvoeren van een schuld van de vennootschap aan de bestuurder of aan derden – op hun juistheid kunnen worden gecontroleerd. Dit geldt zeker als de enig bestuurder ook enig aandeelhouder van de vennootschap is en tevens zelf, zonder enige externe controle, de administratie verzorgt en de jaarrekening opmaakt, aldus de rechtbank. Naar mijn mening geldt dit niet alleen voor fi-

Met name bij schending van administratieplichten en van de gehoudenheid tot risicobeheersing en -controle zal het onderscheid naar interne en externe consequenties diffuus worden, in het bijzonder als een curator optreedt. Desalniettemin zal de relativiteitseis in individuele gevallen maar ook voor de curator een rol blijven spelen.

Wat verder opvalt is dat alle hiervoor genoemde bepalingen – belangrijke wettelijke bepalingen, te duiden als ‘fundamentele wettelijke voorschriften op het punt van de organisatie van en verantwoording binnen de vennootschap en de verbonden onderneming’ – in de ‘verticale relatie’ tussen aandeelhoudersvergadering en bestuur uitgaan van een werkend systeem van ‘checks and balances’. Zodra het echter door impasses in 50/50 aandeelhouders- en bestuursverhoudingen in geval van geschillen niet komt van uitoefening van belangrijke bevoegdheden door de aandeelhoudersvergadering is er in de interne verhoudingen eigenlijk geen alternatief dan ‘door te schieten’ naar de toepassing van de redelijkheid- en billijkheidsnormen van artikel 2:8 lid 1 BW, en dan via de toepassing van artikel 2:14 en 15 BW, naar de wettelijke geschillenregeling en het enquêterecht als bijzondere uitwerking daarvan.

Uit het voorgaande vloeit verder ook een argument voort voor de stelling dat het noodzakelijk is om de zware normen van wettelijke geschillenregeling en enquêterecht genuanceerd toe te passen. In het enquêterecht gebeurt dat. In uitspraken over de toepassing van de geschillenregeling gebeurt dat ook, maar – volgens het tweede uitgangspunt – te restrictief.

Duidelijk is dat open normen en/of begrippen zowel in de hiervoor besproken ‘verticale relatie’ als in de hierna nog te bespreken ‘horizontale relatie’ tussen leden van organen onderling, ruimte laten voor en dus noodzaken tot afweging van betrokken belangen. Duidelijk is ook dat het normatieve kader voor deze constatering in belangrijke mate gevormd wordt door organisatie- en verantwoordingsrecht. Het vormt in feite ook een bevestiging van hetgeen al in de inleiding werd opgemerkt. Dat normatieve kader is – zo zal blijken – een belangrijk aanknopingspunt bij de benadering van geschillen.

Van belang is wel te zien dat de begrippen ‘normatief’ en ‘verantwoording’ niet direct ook betekenis behoeven te hebben in relatie tot aansprakelijkheid. Die betekenis kan ook op andere manieren tot uitdrukking komen, bijvoorbeeld bij de verdeling van stelplicht en bewijslast en bij de toerekening van risico die op andere wijze tot uitdrukking komt, bijvoorbeeld bij en door opzegging.

nanciële transacties, maar in feite voor alle belangrijke ondernemersbeslissingen waarover de bestuurders geacht kunnen worden verantwoording af te leggen. Vgl. Rb. Arnhem 22 juni 2011, JOR 2001, 358 (*Houtman q.q./Luik en Clercx*).

⁷⁸² HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (*SOBI/Hurks*).

2.4 Redelijkheid en billijkheid

Een vierde belangrijk element als het gaat om de samenhang tussen belang en actie in besloten verhoudingen is in het vervolg op het voorgaande de positie en *materiële* betekenis van de normen van redelijkheid en billijkheid binnen de deelrechtsorde, die – zoals al opgemerkt – deels van dwingende aard is.⁷⁸³

Wet, statuten en contract spelen in de deelrechtsorde ook bij besloten ledenverhoudingen vanzelfsprekend hun belangrijke rol, maar er is ook reden voor nuancering en relativering die alles te maken heeft met de betekenis van de artikelen 2:8, 14 en 15 BW.

Artikel 2:14 BW bepaalt dat besluiten in strijd met de wet en statuten nietig zijn. Artikel 2:8 lid 2 BW bepaalt daartegenover dat een krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit kan betekenen dat de samenhang tussen belang en actie bijzondere betekenis heeft bij de terzijdestelling van wettelijke of statutaire – dwingende – regels,⁷⁸⁴ en ook voor verplichtingen van verbintenissenrechtelijke aard in de statuten van de flex-B.V. en dus voor de inhoud van de deelrechtsorde. Hetzelfde geldt als het gaat om de terzijdestelling van tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regels ex artikel 6:248 lid 2 BW.

Verder leidt – zoals reeds opgemerkt – niet ieder handelen of nalaten in strijd met de wet of statuten tot de vaststelling dat ook sprake is van een onrechtmatige daad.⁷⁸⁵ Ook niet iedere onbehoorlijke taakvervulling in strijd met artikel 2:9 BW leidt tot schadeplichtigheid jegens de vennootschap, maar slechts die ter zake waarvan aan de bestuurder naar het moment van handelen een ernstig verwijt kan worden gemaakt.⁷⁸⁶ Slechts dan (mede) is er voldoende grond voor toerekening van door de vennootschap geleden schade aan de bestuurder.

⁷⁸³ Artikel 2:25 BW.

⁷⁸⁴ HR 31 december 1993, NJ 1994, 436 (*Van den Berge/Bootlieden*), OK 19 oktober 2001, JOR 2002, 5 (*SkyGate*), OK 15 november 2001, JOR 2002, 6 (*Decidewise*), OK 29 november 2002, JOR 2003, 8 (*Alcas*), HR 25 februari 2011, NJ 2011, 335, concl. A-G Timmerman, nt. Van Schilfgaarde (*Inter Access Groep*).

⁷⁸⁵ HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/BPF*) en HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen Beheer*).

⁷⁸⁶ Zie HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543 (*Debrot*), HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/BPF*) en HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen Beheer*), conclusie A-G Timmerman onder 5.4.3 bij HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107 (*KPNQwest*).

Ook het nemen van besluiten in strijd met de redelijkheid en billijkheid die artikel 2:8 lid 1 BW⁷⁸⁷ in de relatie tussen de rechtspersoon en de bij zijn organisatie betrokken personen als gedragsnorm stelt, houdt niet zonder meer een onrechtmatige daad in.⁷⁸⁸ Dat komt – zoals gezien – doordat artikel 2:8 lid 1 BW een eigen functie heeft – in die zin binnen de systematiek van Boek 2 BW⁷⁸⁹ van regerende ‘lidmaatschapsrechtelijke’ aard is, waarop de volgende alinea en hoofdstuk 3, paragraaf 2.3.5 terugkomen.

Dit ligt iets anders bij de niet-nakoming van verbintenissen die de contractuele redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 1 BW met zich brengen, omdat tekortkoming in de nakoming van die verbintenissen leidt tot schadeplichtigheid uit hoofde van wanprestatie ex artikel 6:74 BW. Wel moet dan natuurlijk eerst worden vastgesteld dat die verbintenissen überhaupt uit ‘contractuele redelijkheid en billijkheid’ voortvloeien. Bovendien hoeft het bij correctie in organisatie-rechtelijke zin als het gaat om de toepassing van de redelijkheid en billijkheid niet steeds te gaan om correctie door het toekennen van schadevergoeding, maar kan het ook gaan om lichtere vormen van correctie.

Artikel 2:8 lid 1 BW, dat zoals bekend bepaalt:

‘de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd’ (onderstreping P)

vormt een bijzonder toetsingskader in aanvulling op artikel 2:14 BW, dat nietigheid stelt als sanctie op besluiten in strijd met de wet of de statuten. Het heeft een bijzondere lidmaatschapsrechtelijke betekenis om een vijftal nauw verbonden redenen, die op hun beurt nauw verbonden zijn met het vijftal aan de wet verbonden functies zoals beschreven van hoofdstuk 1, paragraaf 1.2. Artikel 2:8 lid 1 BW is nu eenmaal een wettelijke bepaling.

Die vijf functies nalopend kan het volgende worden opgemerkt:

- (1) de norm van artikel 2:8 BW regardeert naast degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie als zodanig betrokken zijn ook de rechtspersoon zelf. Wordt de beperking van het ‘als zodanig betrokken

⁷⁸⁷ Nt. Van den Ingh bij Rb. Arnhem 4 april 1996, JOR 1996, 55 (*Lensen/Ramp*). Hierop komt hoofdstuk 3, paragraaf 2.3.5 nog terug.

⁷⁸⁸ Vgl. voor onrechtmatige besluiten HR 4 januari 1963, NJ 1964, 434, nt. Scholten (*Scholten's aardappelmeelfabrieken*) en HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (*Nimox/Van den End qq.*).

⁷⁸⁹ Artikel 2:25 BW.

zijn' althans voor lid 1 en wellicht ook voor lid 2 doorbroken door⁷⁹⁰ en uitgebreid op de wijze als daarover in hoofdstuk 1, paragraaf 1.5 naar aanleiding van de aard van de lidmaatschapsverhouding is opgemerkt, dan geldt deze uitbreiding ook voor de rechtspersoon zelf;

- (2) artikel 2:8 BW beheerst de interne deelrechtsorde onverschillig de persoon van degene die daarin als lid betrokken is. Het enkele lidmaatschap betekent dat de norm van artikel 2:8 BW dat lid aangaat;
- (3) artikel 2:8 BW heeft betekenis voor het doen functioneren van de rechtspersoon: het verlenen van spankracht, in aanvullende en derogende zin, in de enorme zich in de praktijk voordoende variëteit aan rechtsverhoudingen. Het betekent dat artikel 2:8 BW betekenis heeft bij geschillen in besloten verhoudingen en in beursvennootschappen, bij overnamegevechten, bij de boordeling van de doorwerking van de familieachtergrond, van het joint venture karakter, van de overnamesituatie, van de wijze waarop samenwerking tot stand is gekomen, etc. Maar ook kan artikel 2:8 BW de grondslag bieden voor de handhaving van een onderlinge regeling tot samenwerking (ORTS);⁷⁹¹
- (4) artikel 2:8 BW heeft functie als het gaat om verantwoording aan en door het individueel lid, door de meerderheid ten opzichte van de minderheid en door de minderheid aan de meerderheid alsook bij impasses. Het heeft ook functie bij verantwoording tussen organen. Timmerman merkt in dit verband op:

*'Voor het bepalen van de intensiteit van de redelijkheids- en billijkheidsverplichtingen kan de omvang van het aandelenbezit een rol spelen. Hoe meer aandelen, des te sterker wegen over het algemeen de verplichtingen die uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeien.'*⁷⁹²

⁷⁹⁰ Eikelboom 2011/2, p. 492-494 die met betrekking tot de toepassing lid 2 met o.m. beroep op de wetsgeschiedenis terughoudend is.

⁷⁹¹ Raaijmakers & Van der Sangen 2011, p. 95 e.v., Van Duuren 2012, p. 145 e.v. OK 26 juli 2002, ARO 2002, 121 (*Masa Transportation*), OK 8 mei 2002, JOR 2002, 112 (*Broadnet*), OK 14 maart 2003, ARO 2003, 48 (*Carmeuse North America*), OK 13 april 2004, ARO 2004, 54 (*Cebepe*), OK 18 augustus 2004, ARO 2004, 106 (*CNA*), OK 28 december 2005, ARO 2006, 8 (*Noord*), OK 22 februari 2006, ARO 2006, 56 (*Carbo-ply*), OK 12 juli 2006, ARO 2006, 131 (*B&M*), OK 12 juli 2007, ARO 2007, 119 (*Tulip Beheer*), OK 11 mei 2010, ARO 2010, 86 (*GeoMar*), OK 24 mei 2011, ARO 2011, 84 (*ODE Beheer*), OK 6 juni 2011, ARO 2011, 94 (*Synpact*), OK 10 april 2012, ARO 2012, 56 (*Sequoia*), OK 19 juli 2012, ARO 2012, 113 (*Cancun*).

⁷⁹² Concl. A-G Timmerman onder 3.10 bij HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105 (*DSM*).

Hieraan kan in het perspectief van het in hoofdstuk 1, paragraaf 1.5 opgemerkte worden toegevoegd dat minstens zo belangrijk is de analyse van de aard en inhoud van de rechtsverhouding die volgens het eerste uitgangspunt aan analyse van het aandelenbezit vooraf zou moeten gaan;

- (5) artikel 2:8 BW heeft aanvullende en derogerende functie op wat betrokkenen zelf in statuten vastleggen.

Bijzondere consequentie heeft artikel 2:15 lid 1 sub b BW dat vernietigbaarheid – en niet nietigheid als in artikel 2:14 BW bedoeld – stelt als sanctie op besluiten genomen in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Deze toets aan de redelijkheid en billijkheid betreft in het bijzonder de wijze van totstandkoming en de inhoud of strekking van besluiten.⁷⁹³ Met name zal het daarbij gaan om de vraag of het besluitvormend orgaan bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen.⁷⁹⁴

Aandacht binnen het bestek van het onderwerp van dit boek verdient voorts dat de actie van artikel 2:15 lid 3 sub a BW (vernietigbaarheid) de eis stelt van een redelijk belang bij de vernietiging.⁷⁹⁵ Ook voor andere gevallen van een beroep op artikel 2:8 lid 1 BW, bijvoorbeeld voor gevallen van nakoming, is steeds een zeker belang vereist. Dit vloeit voort uit het algemene adagium van 3:303 BW (‘zonder belang geen actie’), maar ook uit de bijzondere betekenis van de normen van redelijkheid en billijkheid, welke betekenis door de belanghebbende zal moeten worden aangetoond in relatie tot het door hem gestelde geschonden belang. Uit vaste jurisprudentie volgt⁷⁹⁶ dat belang in de zin van artikel 3:303 BW – met als gevolg ontvankelijkheid in een procedure – mede hierdoor een principeel andere betekenis heeft dan belang in materiële zin opgevat als hetgeen de normen van redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 lid 1 BW beogen te beschermen.⁷⁹⁷

Dat belang dient te worden gesteld en bewezen, of tenminste voldoende aannemelijk gemaakt. De context van de verantwoordingsrelatie kan maken dat met aannemelijk maken kan worden volstaan.

Los van de vraag of (voldoende) belang aanwezig is dat artikel 2:8 lid 1 BW beoogt te beschermen, biedt het artikel een laagdrempelige mogelijkheid aan de

⁷⁹³ Van der Grinten 1949, p. 12. Hof Den Haag 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (*Reynders/McKinney*) en HR 31 december 1993, NJ 1994, 436, nt. Raaijmakers AA 1994, 10 (*Van den Berge/Bootlieden*), Van der Sangen 2012/2, p. 443.

⁷⁹⁴ Van Schilfgaarde 1983, p. 73.

⁷⁹⁵ Nt. Maeijer bij HR 17 mei 1991, NJ 1991, 645 (*Lampe/Tonnema*).

⁷⁹⁶ Jongbloed 2008.

⁷⁹⁷ Klein Wassink 2012, p. 70 e.v.

rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie betrokken zijn om elkaar in positieve (vordering tot nakoming)⁷⁹⁸, dan wel negatieve zin (vernietiging van besluiten via artikel 2:15 lid 1 sub b) op de ongeschreven uitgangspunten van hun ‘doelverbondenheid’ aan te spreken, waarbij doelverbondenheid in dit boek breder wordt begrepen dan alleen statutaire doelverbondenheid, namelijk als bepaald door de deelrechtsorde in de in de inleiding beschreven betekenis. Het is met name hier dat het *Haviltex*-criterium koppelt.

Hier ontstaat ook de spanning met de eis van artikel 2:8 lid 1 BW van het ‘als zodanig’ betrokken zijn bij de organisatie van de rechtspersoon, waaraan in paragraaf 1.5 van hoofdstuk 1 bij de formulering van het eerste uitgangspunt al werd gerefereerd en die hierna in hoofdstuk 3, paragraaf 2 nog verder wordt uitgewerkt. Laagdrempelig, omdat er in artikel 2:8 lid 1 BW ook geen andere eisen worden gesteld om ontvankelijk te zijn dan het intern ‘als zodanig bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken zijn’. Bij de wettelijke geschillenregeling en het enquêterecht gelden die bijzondere eisen – zoals al opgemerkt – wel.

Voor de toepassing van artikel 2:14 BW (nietigheid) wordt de eis van belang niet gesteld. De rechter, geconfronteerd met een besluit in strijd met wet of statuten, dient van de nietigheid ervan uit te gaan ook zonder dat daarop in rechte door een der partijen expliciet beroep wordt gedaan. In zoverre onzekerheid over de nietigheid van een besluit bestaat, kan door een belanghebbende bij de rechter het verzoek om een verklaring voor recht worden gedaan.⁷⁹⁹ De verklaring voor recht is wel weer een actie waaraan de eis van voldoende belang wordt gesteld.⁸⁰⁰

Hierboven werd in hoofdstuk 2, paragraaf 1.4 gesproken over de ‘verticale relatie’ als het gaat om de verantwoording door het bestuur in het kader van de hem opgedragen taak. In deze paragraaf is ingegaan op de lidmaatschapsrechtelijke betekenis van artikel 2:8 lid 1 BW in de ‘horizontale relatie’ tussen leden van een orgaan en ook op de ‘verticale’. Bij deze laatste hoort een kanttekening.

Op het vlak van de bevoegdheidsverdeling bij B.V. en N.V., in de verticale relatie dus, ligt de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid als correctiefactor minder voor de hand vanwege de voor de verhouding tussen bestuur en aandeelhoudersvergadering (dus verticaal beschouwd) dwingende systematiek van Boek 2 BW⁸⁰¹ en de binnen deze systematiek in artikel 2:107/217 lid 1 BW

⁷⁹⁸ Hof Arnhem, 26 mei 1992, NJ 1993, 182 (*Uniwest*).

⁷⁹⁹ Rechtbank Arnhem 1 maart 2006, LJN: AW2103 (*Vereniging Serviceflat ‘Parkflat de Valkenburcht’*).

⁸⁰⁰ HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (*Van Aalten/VU*).

⁸⁰¹ Artikel 2:25 BW.

geformuleerde restbevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering die complementair is aan die van het bestuur:

‘aan de aandeelhoudersvergadering behoort, binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen, alle bevoegdheid, die niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend.’

Dit laat weinig ruimte voor correctie door toepassing van de redelijkheid en billijkheid, des te meer voor uitleg van het open begrip ‘bestuur’.

In de ‘horizontale’ relatie – dus bij de toetsing van de wijze van totstandkoming van besluiten en de inhoud of strekking er van – spelen de redelijkheid en billijkheid de geschetste belangrijke rol. In de ‘verticale’ relatie gaat het – zoals opgemerkt – ook om de toetsing van de wijze van totstandkoming en de inhoud of strekking.⁸⁰² Het antwoord op de vraag of de redelijkheid en billijkheid als het gaat om ‘bevoegdheidstoetsing’ in ‘verticale relaties’ helemaal geen rol spelen moet echter – met klem – ontkennend worden beantwoord. Dat vloeit alleen al voort uit de letterlijke betekenis van artikel 2:8 lid 1 BW:

‘de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie zijn betrokken dienen zich als zodanig naar redelijkheid en billijkheid jegens elkaar te gedragen.’

Een individuele aandeelhouder kan dus – en dat is een principieel belangrijk uitgangspunt – zonder besluit van de aandeelhoudersvergadering een individuele bestuurder ex artikel 2:8 lid 1 BW op diens handelen aanspreken. Dit is dus een vorm van denken en toerekenen ‘door de rechtspersoon heen’ waarbij de idee van het lidmaatschap van de rechtspersoon een principiële – ‘recht toekennende’ – rol heeft. Het is een belangrijke functie in het kader van ook door de meerderheid af te leggen verantwoording, ook in het kader van het voorkomen van een ‘corrupt’ systeem.

De normen van redelijkheid en billijkheid van de artikelen 2:8 lid 1 BW spelen hun rol dus horizontaal, verticaal en diagonaal door de rechtspersoon heen.⁸⁰³

Treffend voorbeeld van de samenhang tussen belang en actie binnen het kader van het enquêterecht in combinatie met de betekenis van artikel 2:8 lid 1 BW zijn de verschillende uitkomsten van de afwegingen van Ondernemingskamer en Hoge Raad in de bekende *ABN Amro*-zaak over de verkoop van dochter LaSalle en de conclusie van A-G Timmerman terzake.⁸⁰⁴ Over de vraag of de actie doel

⁸⁰² Artikel 2:15 lid 1 sub b BW.

⁸⁰³ Kritisch dus Slagter 2012/2.

⁸⁰⁴ HR 13 juli 2007, concl. A-G Timmerman, nt. Nieuwe Weme, JOR 2007, 143, nt. Maaijer, NJ 2007, 434. Vgl. ook OK 24 november 2008, ARO 2008, 188, JOR 2009, 9, nt. Josephus Jitta (*Fortis*).

kon treffen werd door Ondernemingskamer en Hoge Raad verschillend gedacht, in het bijzonder in het perspectief van de aangevoerde grondslagen (de artikelen 2:8, 2:9 en 2:107a BW), maar ook in het perspectief van het aangevoerde belang, juist omdat de aangevoerde grondslagen voor bepaalde belangenafweging ruimte lieten.

De Hoge Raad oordeelde – anders dan de Ondernemingskamer – dat de omstandigheden dat LaSalle als belangrijk bedrijfsonderdeel van ABN Amro verkocht werd terwijl sprake was van een overnamesituatie waarin zich ook een groep bidders had aangediend met interesse die in de verwerving van ABN Amro met inbegrip van LaSalle, *niet zonder dat de wet of de statuten* daarin voorzien, konden leiden tot een goedkeuringsrecht van de aandeelhoudersvergadering van ABN Amro Holding met betrekking tot de verkoop van LaSalle, ook niet op basis van 2:8 lid 1 BW. Dit mede in aanmerking genomen de in Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance.⁸⁰⁵ Volgens de Hoge Raad leidden die omstandigheden op zichzelf ook niet tot een verplichting van het bestuur van ABN Amro Holding de aandeelhoudersvergadering ter zake te consulteren.

Artikel 2:8 BW strekte met andere woorden niet tot bescherming van het door onder meer de Vereniging van Effectenbezitters gestelde belang. Sprake is hiermee ook van een voorbeeld van – althans gestelde – correctie via artikel 2:8 BW op het vlak van de bevoegdheidsverdeling bij B.V. en N.V., maar wel, vanwege de minderheidspositie van de VEB, in het hiervoor bedoelde diagonale perspectief.

⁸⁰⁵ Vgl. OK 16 november 2005, ARO 2005, 196 (*UMI Beheer*), OK 8 september 2005, ARO 2005, 186 (*Smit Transformatoren*) (volgens stelling ondernemingsraad), OK 5 augustus 2005, ARO 2005, 159 (*Samlerhuset*), OK 4 augustus 2005, ARO 2005, 166 (*NI-BO*), OK 5 augustus 2005, ARO 2005, 167 (*Viba*), OK 14 december 2005, ARO 2006, 3 (*Versatel*), OK 18 januari 2006, ARO 2006, 35 (*Laurus*), OK 6 juli 2006, ARO 2006, 137, HR 9 juli 2007, ARO 2007, 81, concl. A-G Timmerman (*TCA*), OK 28 december 2006, ARO 2007, 7 (*KPNQwest*), OK 1 februari 2007, ARO 2007, 33 (*GreenSwan*), OK 8 februari 2007, ARO 2007, 34 (*De Benpuck*), OK 19 april 2007, ARO 2007, 72 (*Bege-mann*), OK 21 juni 2007, ARO 2007, 100 (*The Greenery*), OK 4 juli 2007, ARO 2007, 126 (*Samlerhuset*), HR 14 september 2007, ARO 2007, 155 (*Versatel*), OK 21 januari 2009, ARO 2009, 24 (*GreenSwan*), OK 13 mei 2009, ARO 2009, 77, ARO 2009, 127 en HR 9 juli 2010, NJ 2010, 544, concl. A-G Timmerman (*ASMI*), waarover Schoenmaker-Tijsseling 2011, p. 83 e.v., OK 3 maart 2010, ARO 2010, 49 (*Océ*), r.o. 3.8, OK 27 mei 2010, ARO 2010, 92, JOR 2010, 89, nt. Stevens (*PCM*), OK 16 juni 2010, ARO 2010, 94 (*Cascal*), OK 5 juli 2010, ARO 2010, 109 (*Van der Moolen*), OK 31 januari 2011, ARO 2011, 22 (*De Drie Bataven*), OK 14 april 2011, ARO 2011, 71 (*ASMI*), OK 5 april 2012, ARO 2012, 54 (*Fortis*).

2.5 Tussenconclusie en inleiding op het vervolg

In het voorgaande is de samenhang tussen open normen, belang en actie zowel als de achtergrond van het B.V.-recht in zijn betekenis van organisatie- en verantwoordingsrecht – in vervolg op hetgeen daarover in hoofdstuk 1, paragraaf 1.2 werd opgemerkt – verder uitgewerkt. Dit krijgt vervolg in hoofdstuk 3.

Belicht zijn de algemene betekenis van het B.V.-recht als organisatie- en verantwoordingsrecht en de daar qua open normen en begrippen op het punt van de samenhang tussen belang en actie doorheen lopende lijnen. In hoofdstuk 3 zal diepergaand op vragen rond geschillen in concrete relaties tussen bij een besloten verhouding betrokken partijen worden ingegaan en daarmee ook op de ‘open ruimtes’ die Boek 2 BW laat.

De open normen en open begrippen die – zoals bekend – relevant zijn bij de beheersing, oplossing en aanpak van geschillen in besloten verhoudingen in het B.V.-recht zijn bijvoorbeeld, maar niet beperkt tot, die van artikel 2:8 (rechtspersonenrechtelijke redelijkheid en billijkheid), 2:9 (behoorlijke taakvervulling bestuur en raad van commissarissen jegens de rechtspersoon), 2:92/201 (gelijkheid van aandeelhouders), 2:129/239 (bestuur), 2:107/217 lid 1 (restbevoegdheid aandeelhoudersvergadering), 2:250 (advies en toezicht taak raad van commissarissen in het belang van de vennootschap en de verbonden onderneming), 2:350 lid 1 (gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen), 2:355 lid 1 (wanbeleid) en 6:162 BW (de maatschappelijke of vennootschappelijke zorgvuldigheid),⁸⁰⁶ etc.

Aan bijzondere vormen van ‘betrokkenheid’ en ‘beslotenheid’ wordt in het in Boek 2 BW opgenomen B.V.-recht aandacht besteed in de blokkeringsregeling voor de B.V. (zowel in de oude als de nieuwe regeling), in de wettelijke geschillenregeling, door de afschaffing van het kapitaalbeschermingsrecht, in de recente aanpassingen van het enquêterecht en in de mogelijkheid van het opnemen van verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard in de statuten van een flex-B.V. als bedoeld in artikel 2:192 BW en door overige wettelijke bepalingen van regelende aard binnen de flex-regeling. Voor het overige is de B.V. ook na de invoering van flex-regeling nog steeds gemodelleerd naar de N.V.

Uit de overvloedige jurisprudentie op het gebied van het enquêterecht in zake geschillen in besloten ledenverhoudingen blijkt duidelijk dat de Ondernemingskamer door de onderkenning van bijzondere zorgvuldigheidsnormen rekening houdt met verschillende varianten van ‘betrokkenheid’ en ‘beslotenheid’ zowel binnen impassesituaties als daarbuiten. Aldus is die jurisprudentie te zien als een

⁸⁰⁶ Vgl. voor een fraaie toepassing van de ‘vennootschappelijke’ zorgvuldigheidsnorm Hof Arnhem 22 januari 1986, NJ 1988, 476 (*van Drooge q.q./Van Heek*).

Hoofdstuk 2

bevestiging van wat hierboven geduid werd als het verantwoordingskarakter van Boek 2 BW. Wat opvalt, is dat de mogelijkheid van opzegging ‘at will’ of de ‘neutrale’ opzegging in het B.V.- en enquêterecht geen rol speelt, ofschoon daarbij wel belang kan bestaan. Opzegging of voorzieningen als uiterste consequentie van opzegging, met uitzondering van de ontbinding, komen niet voor in het rijtje van voorzieningen van artikel 2:356 BW en worden niet als onmiddellijke voorziening in de zin van artikel 2:349a lid 2 BW toegepast.

Uit door schrijver dezes verricht onderzoek zijn geen gevallen bekend waarin à la *Baremans/Muijs* is aangestuurd op overdracht van aandelen als onmiddellijke voorziening *gevolgd door* toepassing van de wettelijke geschillenregeling in de variant van na 1 oktober 2012. Daar zijn de wijzigingen ook nog te vers voor en toepassing van de wettelijke geschillenregeling tot 1 oktober 2012 te onaantrekkelijk.

Sanering en herstel van gezonde verhoudingen werden door de Ondernemingskamer tot 31 december 2012 bewerkstelligd door benoeming van een OK-bestuurder of OK-commissaris, door tijdelijke wijziging van statuten, door tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer (zowel bij wijze van onmiddellijke voorziening in de zin van artikel 2:349a lid 2 BW als bij wijze van voorziening in de zin van artikel 2:356 BW), door schorsing en ontslag van bestuurders en door benoeming van een onderzoeker die de taak kan meekrijgen te bemiddelen, etc.

Van toetsing van de vijf uitgangspunten is het in het voorgaande deel van dit hoofdstuk mede hierdoor nog niet gekomen. Dat gebeurt wel in het navolgende deel en in hoofdstuk 3.

Opzegging is in het personenvennootschapsrecht *wel* een bekend fenomeen. Zoals al vaker aangehaald, bepaalt artikel 7A:1683 sub 3 BW principieel dat de maatschap wordt ontbonden door opzegging van een vennoot aan de andere vennoten. De enige wettelijke toets lijkt dat die opzegging volgens artikel 7A:1686 lid 1 BW niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid mag zijn. Anderzijds geldt dat de mogelijkheid van opzegging een hoofdregel is die wordt overwoekerd door de uitzonderingen er op, al was het maar vanwege de in de praktijk in vennootschapscontracten meestal opgenomen voortzettings- en verblijvingsbedingen.

In het navolgende wordt ingegaan op de betekenis van deze bepaling binnen het personenvennootschapsrecht, dat qua oorsprong en aard juist niet organisatie- en verantwoordingsrecht is, maar ‘goede trouw’ (‘uberrimae fidei’)⁸⁰⁷-recht, in *ver-*

⁸⁰⁷ Vgl. ook Kaser & Wubbe 1971, p. 217: ‘*De rechtshandeling, een legis actio, (...) maakte de deelgenoten tot elkanders ‘broeders, juist alsof zij erfgenamen van een gemeen-*

sterkte zin. Natuurlijk houdt goede trouw ook verantwoording in, maar zoals hierna zal blijken is haar aard, grondslag en oorsprong een andere. Wat die oorsprong betreft geldt dat de idee van de versterkte goede trouw voortvloeit uit het feit dat in het Romeinse recht de interne verhouding tussen de ‘socii’ juist niet geregeld werd en dus juist ook niet door regels omtrent organisatie en verantwoording.

De vraag die in het maatschapsrecht dan aan de orde is, is hoe de opzegging zich verhoudt tot andere na aanliggende acties die koppelen aan vergelijkbaar belang. Voorts wordt nagegaan of, en zo ja, in hoeverre de mogelijkheid van opzegging binnen het maatschapsrecht, dan wel bepaalde karaktertrekken er van, een zelfstandig fenomeen is, specifiek geldend alleen voor het maatschapsrecht, en hoe de opzegging zich verhoudt tot andere mogelijke acties.

In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de vraag of het fenomeen van opzegging in principe ook ‘verplaatsbaar’ is naar vergelijkbare besloten ledenverhoudingen binnen rechtspersonen. Vanzelf komt dan aan de orde hoe de kenmerken van de twee systemen – ‘organisatie en verantwoording’ en ‘goede trouw’ – zich tot elkaar verhouden, wat daarbij de betekenis is van rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW en wat een en ander vervolgens weer betekent voor het onderwerp van dit boek.

Voorgaande vragen zijn mede relevant omdat de relatie tussen betrokkenen in een besloten verhouding die wordt beheerst door het B.V.-recht, beschikt over trekken die gelijk zijn aan, zo niet sterk gelijken op die binnen personenvennootschappen als de maatschap – ook dat is een open deur.

3. Maatschapsrecht

3.1 Inleiding

Maatschapsrecht is ‘goede trouw-recht’. De factor vertrouwen en daarmee ook de goede trouw spelen een prominente rol bij het aangaan van, gedurende en bij de beëindiging van een maatschap.⁸⁰⁸

schappelijke pater familias waren.’ en p. 218. Maeijer 1964/1965, p. 167, Raaijmakers 2000, p. 87/88.

⁸⁰⁸ Van der Grinten gaat in de Toelichting bij Ontwerp Titel 7.13, 172, p. 1084 tot 1093 niet op dit bijzondere karakter in. Van der Grinten schrijft wel in de toelichting bij artikel 7.13.1.5. dat gaat over de taak van de beherende vennoten dat of en in hoeverre beherende vennoten verplichtingen hebben, niet in het algemeen te zeggen is; dit hangt af van de inhoud van de vennootschapsovereenkomst. En dan: ‘*de verplichtingen van de vennoten worden door de overeenkomst bepaald. De overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke naar haar aard, uit de wet, de*

In relatie tot de beëindiging van een maatschap en voor onderzoek van de ‘interne samenhang’ zijn alle vijf uitgangspunten relevant. Hierna worden eerst het eerste en het tweede uitgangspunt onderzocht. Het tweede uitgangspunt gaat uit van een besloten samenwerking tussen twee aandeelhouders in een B.V.

Stelling daarbij is dat de noodzakelijke vervroeging van het moment waarop een geschil tussen die aandeelhouders aan een rechter of arbiter ter toetsing kan worden voorgelegd, kan worden bewerkstelligd door aansluiting te zoeken bij de aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding waarin de beide aandeelhouders tot de vennootschap en tot elkaar staan. Uit die verhouding vloeit de mogelijkheid van opzegging ervan voort in de zin dat deze daardoor van ‘besloten’ ‘open’ wordt, waardoor al vanaf het moment van opzegging de houding van de betrokken aandeelhouders (inclusief de opzegging zelf) in dat perspectief toetsbaar is – en ook daadwerkelijk aan de rechter kan worden voorgelegd –, en niet pas op het moment dat een der betrokkenen stelt (en moet bewijzen) dat voortduren van de rechtsverhouding niet langer van hem of haar kan worden geveerd, c.q. geduld.

Dit uitgangspunt wordt hierna op houdbaarheid getoetst aan maatschapsrecht. Het ligt voor de hand om daaraan te toetsen, omdat maatschapsrecht nu eenmaal een – op het eerste gezicht – simpele opzeggingsregeling kent in wat de ultieme uitdrukking van een besloten verhouding moet worden beschouwd: de maatschap. Artikel 7A:1683 sub 3 BW bepaalt dat een maatschap wordt ontbonden door opzegging van een vennoot aan de andere vennoten. Een regeling die op het eerste gezicht eenvoudig lijkt, maar naar aanleiding waarvan ten minste vier vragen rijzen, te weten: kan steeds worden opgezegd? Is de opzegging toetsbaar? Zijn de rechtsgevolgen steeds dezelfde? Is de houding van de opgezegde toetsbaar?

Vier vragen die bij kennisname van de tekst van Titel 7A.9 BW wel beantwoordbaar lijken, maar waarover wel degelijk meer op te merken is.

De regeling doet verder de vraag rijzen welke betekenis het eerste uitgangspunt in dit verband heeft. Dat uitgangspunt luidt dat een rechtsverhouding van lidmaatschapsrechtelijke aard niet alleen de door partijen uit wet, statuten en con-

gewoonte of de redelijkheid en billijkheid voortvloeien (artikel 6.5.3.1). Het lijkt niet nodig hieromtrent in de wet nadere voorzieningen te geven.’ Ook Maeijer gaat in Asser-Maeijer 5-V, p. 82 niet diep in op de idee van de versterkte goede trouw. Hij schrijft enkel dat de oude schrijvers een contract ‘uberrimae fidei’ noemden. Hij schrijft dan: ‘Hier ter plaatse kan niet veel verder worden gegaan dan de opmerking, dat de overeenkomst zal moeten worden uitgevoerd zoals van een goed, fatsoenlijk vennoot kan worden verwacht.’ Van Olffen herhaalt dit in Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2010, p. 71.*

tract voortvloeiende rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de *aard* van de betrekking, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Vraag is wat de relatie tussen de opzegging van artikel 7A:1683 sub 3 BW en dit eerste uitgangspunt is. Voor de beantwoording wordt hierna geen genoegen genomen met verwijzing naar artikel 7A:1683 sub 3 BW, maar wordt aansluiting gezocht bij het element dat de maatschap het meest onderscheidt van andere rechtsverhoudingen, en dat is de betekenis van het fenomeen ‘vertrouwen’ in een beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking.

3.2 Betekenis vertrouwen in ‘positieve’ zin

‘Vertrouwen’ heeft binnen de maatschap een positieve en een negatieve betekenis die allebei bestaan uit een feitelijke en een juridische component. Met ‘positief’ wordt hier bedoeld op de betekenis van vertrouwen in de periode van samenwerking waarin van ontwrichting of dreigende ontwrichting (nog) geen sprake is. Daarop wordt in deze paragraaf ingegaan. De negatieve betekenis wordt in de volgende paragraaf belicht.

De *feitelijke* betekenis van het fenomeen vertrouwen in de periode dat van ontwrichting (nog) geen sprake is, is gelegen in het feit dat gezamenlijk ondernemerschap zich niet (overigens ook niet in een B.V.-context) op dagelijkse basis tot op de komma laat vastleggen (en dus ‘mandaat’-gerelateerd is), dat de betrokken belangen in relatie tot de gedane investeringen vrijwel altijd relatief gezien groot zijn (inkomen, vermogen en/of beperking van kosten), dat de ‘intrinsieke’ wil tot samenwerking zich niet laat afdwingen, net zo min als verliefdheid (i.e. de zogenaamde ‘*affectio societatis*’)^{809, 810} dat zij op voet van gelijkwaardigheid geschiedt met een persoon die om inzet, kwaliteiten en inbreng is uitgezocht (‘*intuitu personae*’⁸¹¹) en dat wegens de onbepaaldheid van de tussen de inbreng en het voordeel te leveren prestatie – N.B. artikel 7A:1655 BW bepaalt:

‘De maatschap is een overeenkomst waarbij twee of meer personen zich verbinden iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te delen.’

– wederzijds (‘do ut des’) door partijen een zekere autonomie wordt ingeleverd zonder zeker te weten of dat ook wat oplevert. ‘Vertrouwen’ op persoonlijke inzet en capaciteiten is voor succesvolle beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking om deze redenen in feitelijk opzicht ‘*conditio sine qua non*’.

⁸⁰⁹ Hamers & Van Vliet 2012, p. 35.

⁸¹⁰ En net zomin als slaap...

⁸¹¹ HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers, AA 1997, 4, nr. 6 (*Lampe/Videoworks*). Vgl. OK 5 maart 2008, ARO 2008, 53 (*Kalf Beheer*). Grapperhaus 2001, p. 41.

Juridisch beschouwd betekent de onbepaaldheid van de inzet ‘in essentie’ mede in het perspectief van de betrokken inkomensbelangen dat een partij die een beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking in een maatschap aangaat er vanuit dient te gaan dat zijn partner de samenwerking in de maatschap wil, omdat die partner er naar hem op vertrouwt en mag vertrouwen dat de inzet, ook als die verschillend van aard is en ook als het resultaat niet gelijk wordt verdeeld, wederzijds is (‘do ut des’). Dit uitgangspunt is constituerend voor de in acht te nemen goede trouw, en wel in versterkte zin (‘uberrimae fidae’).⁸¹² Goede trouw is hierbij spiegelbeeldig aan gesteld of verondersteld vertrouwen.⁸¹³

Kenmerkend voor samenwerking in een maatschap achten Rechtbank, Gerechtshof en Hoge Raad in de zaak van de *‘dierenartspraktijk’* de elementen consensuele overeenkomst, samenwerking, gelijkheid/gelijkwaardigheid, verdeling van voordeel, inbreng (geld, goederen, genot van goederen en/of goodwill) en gerichtheid op voordeel voor alle deelnemers.⁸¹⁴ Het zijn deze elementen die, in aanmerking genomen de onbepaaldheid van de onder de samenwerking te leveren prestatie, maken dat vertrouwen in de partner(s) en diens (hun) inzet bij de samenwerking in een maatschap in juridisch perspectief een rol speelt en daarmee het fenomeen van de goede trouw.

De term samenwerking wordt hier gebruikt in het besef dat de prestatie van een vennoot voor het grootste deel kan bestaan uit een geldelijke bijdrage, en dus van eigenlijke samenwerking minder sprake is,⁸¹⁵ en ondanks de kritiek die op het gebruik van het begrip samenwerking mogelijk is.⁸¹⁶ Samenwerking is in artikel 7A:1655 BW (en was ook in het Ontwerp Titel 7.13) niet gedefinieerd en dus is het – zoals bij het gebruik van alle andere begrippen die niet wettelijk gedefinieerd zijn – bij het gebruik ervan oppassen geblazen.

Onder ‘samenwerking’ in een maatschap wordt hier verstaan alle inzet die partijen op voet van gelijkheid plegen vanaf het moment dat sprake is van een consensuele overeenkomst gericht op de realisatie van het voordeel als bedoeld in artikel 7A:1655 BW.⁸¹⁷ Dit conform de uitgangspunten, kaders – geschreven (wettelijk en contractueel bepaald) of ongeschreven – en goede trouw die de maatschap als duurrelatie regelen en richten, of het nu gaat om feitelijke inzet, het ter beschikking stellen van geld, goederen of arbeid, het nemen van besluiten, beheers- of beschikkingshandelingen, dagelijkse leiding, intern of extern

⁸¹² Smits 1995, p. 99. HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers, AA 1997, 4 (*Lampe/Videoworks*).

⁸¹³ Van der Grinten 1965, p. 61 e.v., p. 68.

⁸¹⁴ HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, nt. Van Schilfgaarde (*dierenartspraktijk*). Van Duuren 2002, p. 3.

⁸¹⁵ MvT Ow Titel 7.13 BW, artikel 800 lid 1.

⁸¹⁶ Van Schilfgaarde & Van Solinge 1974, p. 4 e.v., Mohr 2003, p. 17/18.

⁸¹⁷ Vgl. Hamers & Van Vliet 2012, p. 34.

gericht, etc. Hierbij wordt het Romeinsrechtelijke uitgangspunt toegepast dat hoe die samenwerking er verder feitelijk uitziet en qua inzet is verdeeld (derden) minder interesseert, mits bovengenoemde elementen ‘in essentie’ maar in stand blijven.⁸¹⁸ Anders is niet sprake van een maatschap.

Het enkele inbrengen van geld als partner in een maatschap betekent anders dan bij een gewone leningsovereenkomst dan ook dat die partner aan de verplichtingenkant gebonden is aan de uitgangspunten en goede trouw die de maatschap als duurrelatie regelen en richten en dus mag de partner die alleen geld inbrengt behoudens toestemming ook geen de maatschap concurrerende activiteiten verrichten.

Hierboven werd twee keer de term ‘in essentie’ gebruikt, omdat in de praktijk samenwerking in alle soorten en maten voorkomt, tussen natuurlijke en rechtspersonen, schriftelijk vastgelegd of niet, wel- en minder omschreven, resultaat- en/of inspanninggericht, in meerdere of minder mate. Bovengenoemde elementen moeten daarin wel – mogelijk rudimentair – terug te vinden zijn, omdat anders niet sprake is van een maatschap. Dit heeft betekenis als het gaat om de samenhang tussen belang en actie op gelijke wijze als boven beschreven voor het B.V.-recht, om te beginnen omdat de (exacte) formulering van een contract dat kwalificeert als maatschapscontract, net als een wettelijke regeling, het betrokken ‘belang’ door het expliciet omschrijven en toekennen van rechten kan objectiveren en daardoor dus de noodzaak van het stellen en bewijzen van belang wordt geëcarteerd. Maar is het zover dan is de fase van ontwrichting, waarover de volgende paragraaf, al aangebroken.

Het voorgaande betekent dat de rol van goede trouw en de factor vertrouwen door exacte formuleringen kunnen worden ‘weggeschreven’ en het contract daarmee teruggebracht tot het niveau waarin de samenwerking nog net als maatschap kwalificeert. Zo zullen zeker overeenkomsten die in de praktijk worden aangeduid als samenwerkingsovereenkomst, eigenlijk kwalificeren als overeenkomst van opdracht, als franchise-, agentuur-, arbeids- of huurovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd, als vaststellingsovereenkomst of als samenstel van deze overeenkomsten. Tegelijk geldt voorts dat als woorden nooit duidelijk zijn en naar gelang woorden niet duidelijk zijn⁸¹⁹ de factor vertrouwen en dienovereenkomstig de goede trouw ook om die reden in maatschapsverhoudingen een evenredige rol zullen (blijven) spelen.

⁸¹⁸ Kaser & Wubbe 1971, p. 39 e.v., Spruit, Bongenaar & Feenstra 1993, I, p. XII en XX, Smits 1995, p. 59-66.

⁸¹⁹ Schoordijk 1979, p. 21 e.v., m.n. p. 41, waar hij I. Kisch, R.M. Themis 1955, p. 137 aanhaalt.

Voor beter begrip van de juridische betekenis van het fenomeen ‘vertrouwen’ binnen maatschapsverband en omdat in de regeling van de maatschap in de artikelen 7A1655 e.v. BW sommige bepalingen in het Romeins recht bijna letterlijk zijn terug te vinden,⁸²⁰ is hierna een citaat van Smits⁸²¹ opgenomen, die daarin in meer algemene zin de rol van het vertrouwen in het Romeinse recht beschrijft. Zijn waarschuwing⁸²² in de eerste regel is bij deze aan de lezer doorgegeven:

‘Op het gevaar af van een te grove simplificering, kan kortweg worden gewezen op het bekende onderscheid dat daar bestond tussen formele en vormvrije overeenkomsten. Oorspronkelijk werd iedere overeenkomst op formele wijze gesloten, in aanwezigheid van beide partijen door het uitspreken van vaststaande plechtige woorden of door een geschrift met vaststaande formulering (de stipulatio) of de door overgave van een zaak. Pas door het voldoen aan deze formele eisen ontstond gebondenheid. De bedoelingen van partijen waren daarbij niet van belang: in de vóór klassieke tijd lag in de stipulatio de garantie van zorgvuldige afweging van de partijbelangen.

Later verhinderde dit te zeer de voortgang van het handelsverkeer en ontstond de overeenkomst door wilsovereenstemming: deze hield in dat men er op vertrouwde dat de wederpartij ‘te goeder trouw’ zou nakomen. Zekerheid van nakoming door de stipulatio bestond immers niet meer: men was niet langer ‘rechtens’ gebonden en dus werd toevlucht gezocht in het vertrouwen. Deze zo gezegde ‘goede trouw’ kreeg daar op de rol, enerzijds van grondslag voor gebondenheid, anderzijds van maatstaf om vast te stellen waartoe men gebonden was. Het in beginsel altijd bestaande wederzijdse wantrouwen werd zo niet langer gekanaliseerd door het formele contract. Op het moment dat de wederpartij zich niet langer aan zijn verplichtingen hield, moest men zeggen: weliswaar is er geen formele overeenkomst gesloten, maar dit was ook niet nodig, want ik vertrouw thans op de nakoming door de wederpartij.

Aldus ontstaat het inzicht dat het vertrouwen historisch gezien is gekoppeld aan de afwezigheid van een andere bindende maatstaf (oorspronkelijk: een formele eis) voor de overeenkomst. De opkomst van het vertrouwen als factor hangt dus nauw samen met het ontstaan van consensuele contracten. In ieder leerboek van Romeins recht kan men lezen dat de mogelijkheid om vormvrij contracten aan te gaan in de oudste Romeinse tijden niet bestond, maar dat niet zodra het handelsverkeer belangrijker werd, zich uit de for-

⁸²⁰ Vgl. Jolles 1932, p. 20-22 en 35, Van der Heijden 1938, p. 535, Matheecussen 1985, Spruit, Bongenaar & Feenstra 1993, I, p. XXIII, II, p. XXXVII e.v. en HR 8 juli 1985, NJ 1986, 538 concl. Moltmaker, nt. Maeijer (*X/Inspecteur*).

⁸²¹ Smits 1995, p. 59-66.

⁸²² Een overigens ook die in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 392.

*mele vereisten de vormvrijheid wist los te breken. Voor de fatsoensnormen die daarbij in acht werden genomen werd de term 'fides' gebruikt. Het gaat hier dus niet zo zeer om een vertrouwen op de wil, als wel om het vertrouwen op de nakoming van het afgesprokene door de wederpartij. De garantie dat een tegenprestatie zal plaatsvinden ligt in het te verwachten gedragspatroon van de wederpartij.'*⁸²³

Dat het ook en juist in een maatschap in het bijzonder gaat om 'het te verwachten gedragspatroon van de wederpartij' – met name voor zover die verwachtingen niet door resultaatsverplichtingen in het contract zijn weggeschreven, waarbij tegelijk geldt dat die verwachtingen niet volledig kunnen zijn geëcarteerd, omdat het anders geen maatschap meer is – verklaart het persoonsgebonden karakter van en de rol van het vertrouwen in de maatschap.

Bijzonder is dat die gebondenheid enerzijds en vanzelfsprekend voortvloeit uit het feit dat sprake is van een contract (de consensuele overeenkomst), maar anderzijds – meer nog – uit het feit dat – zoals opgemerkt – sprake is van samenwerking in de context van de uitoefening van een beroep of bedrijf en wel 'intuitu personae', dus met het oog op de persoon van de wederpartij en diens kwaliteiten en inbreng.⁸²⁴ 'Meer nog', omdat het contract wordt aangegaan en dus bestaat *vanwege de persoon en diens kwaliteiten*, en niet andersom. Persoonsgebondenheid en de rol van het vertrouwen vloeien dus uit meer voort dan alleen uit het contract als vastlegging van een concrete prestatie.

Gelet op de principieel grote en kenmerkende rol van de factor vertrouwen kan zelfs de vraag worden gesteld in hoeverre het nodig is de maatschap als contract te definiëren. Niet behoeft te worden getwijfeld dat dan sprake is van een overeenkomst, maar te stellen dat dat niet per se nodig is, tekent wel de rol van de factor vertrouwen als potentiële bron van verbintenissen in de onderlinge verhouding tussen de vennoten. Een kleine wijziging op de definitie van artikel 7A:1655 BW maakt dat duidelijk:

'De maatschap is een 'bestendige vertrouwensrelatie', waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te deelen.'

Dit kan betekenis hebben bij het duiden van de grondslag van verbintenissen in een besloten verhouding: de duiding als contract is niet per se nodig, het gaat om de bestendige vertrouwensrelatie – de aard van de door het lidmaatschap van de maatschap tot uitdrukking komende rechtsverhouding, tot elkaar en tot de maat-

⁸²³ Vgl. ook Kaser & Wubbe 1971, p. 39 e.v., Spruit, Bongenaar & Feenstra 1993, I, p. XII en XX.

⁸²⁴ Pitlo 1988, over artikel 3:175 lid 1 BW.

schap. Het contract ligt als het ware over die bestendige vertrouwensrelatie heen. Per slot van rekening is de kwalificatie als contract passend in het systeem: het vormt reden om als een expliciete akte of expliciete bewijsbare afspraken ontbereken hierna te spreken van het consensuele karakter van dit soort relaties.

Het consensuele karakter van een relatie geeft ook antwoord op de vraag of bepaald gedrag of nalaten in die relatie als ‘passend’ of betamelijk moet worden beschouwd.

Het contract (de consensuele overeenkomst) en het verbonden zijn en willen blijven in de samenwerking die daaruit voortvloeit, vormen aldus (opnieuw) ‘in essentie’ uitdrukking van vertrouwen, van intrinsiek ‘willen’, i.e. de zogenaamde ‘affectio societatis’, en vormen daarmee uitdrukking van bijzondere beroeps- of bedrijfsmatige ‘betrokkenheid’⁸²⁵ bij de samenwerking en het succes er van. Deze bijzondere betrokkenheid, een combinatie van wil tot en vertrouwen in de samenwerking – opnieuw voor zover niet door resultaatsverplichtingen geëcarteerd – met een op diens inbreng en kwaliteiten uitgezochte persoon kan dus ook uit de feitelijke context van beroeps- of bedrijfsmatige verbondenheid blijken,⁸²⁶ dus zonder dat sprake is van een expliciete schriftelijke vastlegging.⁸²⁷ Dit betekent dat bedoelde ‘betrokkenheid’ in de context van gezamenlijke beroeps- of bedrijfsuitoefening rechtsgevolgen constitueert indien en zodra deze kwalificeert als maatschap. Welke rechtsgevolgen dit zijn komt in hoofdstuk 3 aan de orde in het kader van de daar opgenomen gevalvergelijking.

Persoons- (wil en vertrouwen) en doelgebondenheid vormen daarbij een zo sterke combinatie dat het samengaan in een maatschap in goederenrechtelijk opzicht verdergaande consequenties heeft: het staat deelgenoten in een maatschap in goederenrechtelijk opzicht niet vrij om over het aandeel in de gemeenschap te beschikken en privé-schuldeisers kunnen het aandeel in de gebonden gemeenschap niet zonder meer uitwinnen.⁸²⁸ ‘Betrokkenheid’ heeft bij personenvennootschappen als de maatschap deze sterke consequentie, waar ‘betrokkenheid’ dezelfde consequentie bij vennootschappen of samenwerkingsvormen die over

⁸²⁵ Vgl. nt. Van Schilfgaarde HR 25 februari 2011, NJ 2011, 335 (*Inter Access Groep B.V.*) waar hij opmerkt ‘*alle eigendom is functioneel bepaald*’.

⁸²⁶ Hof ’s-Hertogenbosch 28 juli 2009, JOR 2009, 315, nt. Stokkermans en HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, nt. Van Schilfgaarde (*dierenartspraktijk*), zie rov 4.22 arrest hof en r.o. 3.6.2. Hoge Raad.

⁸²⁷ Raaijmakers 2000, p. 110, HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, nt. Van Schilfgaarde (*dierenartspraktijk*).

⁸²⁸ Macijer 1973, p. 409/410. HR 16 mei 1986, NJ 1987, 206 (*Van den Broeke/Van der Linden*). De term gebonden gemeenschap en afgescheiden vermogen wordt hier anders dan Schoordijk 1983, p. 18 e.v. en Macijer 2003/1, p. 465, volgtijdelijk begrepen. Ook Honée 1988, p. 97/98.

rechtspersoonlijkheid in de zin van Boek 2 BW beschikken uiteraard niet behoeft te hebben. Daar constitueert het enkele feit van de rechtspersoonlijkheid in de zin van Boek 2 BW – het zelfstandig drager zijn van rechten en plichten in de zin van artikel 2:5 BW – die rechtsgevolgen. Dat wil niet zeggen dat persoons- en doelgebondenheid als verbintenisscheppende fenomenen bij rechtspersonen geen consequenties zouden kunnen hebben, integendeel zo blijkt uit de jurisprudentie van de Ondernemingskamer. Integendeel, zo zal ook blijken in hoofdstuk 3.

Vertrouwen speelt binnen maatschapsverband aldus een duidelijke en belangrijke constituerende rol. Vertrouwen verleent aan betrokkenheid rechtsgevolg, met een actieve en een passieve kant: het kunnen vertrouwen en het weten vertrouwd te worden, waarbij met name het weten vertrouwd te worden kan leiden tot de aanname van een gehoudenheid tot anticipatie op de consequenties van het eigen gedrag, tot ‘actieve reflectie’. Zoals in de verhouding tussen mededelings- en onderzoeksplicht: degene die rechtens gehouden is mededelingen te doen kan zich niet verweren door te stellen dat de ander maar beter onderzoek had moeten doen.⁸²⁹ Pendant van dat vertrouwen is – zoals opgemerkt – de goede trouw of de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW. Maatschapsrecht is daarom goede trouw-recht.

Tegelijk is er iets bijzonders aan de hand. Zolang immers in een besloten verhouding de wil tot samenwerking intrinsiek aanwezig is en daaraan te goeder trouw uitvoering wordt gegeven, bestaat aan ‘correctie’ geen behoefte. De betekenis van de goede trouw of de redelijkheid en billijkheid als verbintenisscheppende normen is dan beperkt, hoezeer ook de feitelijke betekenis van de factor vertrouwen ‘in essentie’ groot is, en naar gelang verplichtingen minder uitgeschreven of minder duidelijk zijn, dan wel minder aan gerechtvaardigde belangen tegemoet wordt gekomen, juridisch gezien groter wordt.

3.3 *Betekenis vertrouwen in ‘negatieve’ zin*

Aan correctie bestaat wel behoefte vanaf het moment dat de samenwerking derailt of in haar tegendeel komt te verkeren. Dus vanaf het moment dat vertrouwen wordt beschaamd of dreigt te worden beschaamd. Dan in het bijzonder komt de verbintenisscheppende kracht van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW als correctienorm tot uitdrukking – althans indien en voor zo-

⁸²⁹ Vranken 1989, p. 8-13, die o.m. HR 15 november 1957, NJ 1968, 67 (*Baris/Riezenkamp*), HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 (*Booy/Wisman*), HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 (*Van der Beek/Van Dartel*), HR 13 maart 1981, NJ 1981, 442 (*Hilders/De Galan*) en HR 12 november 1982, NJ 1983, 82 (*Keizer/Van Andel*) bespreekt. Timmerman 2011, p. 258. Over *Baris/Riezenkamp* en over de norm dat partijen bij een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 392.

ver het contract daaraan niet derogeert. Die is in de praktijk hard nodig gelet op het opportunistische gedrag van betrokkenen waarvan in de praktijk bij en als oorzaak van vervallen van vertrouwen – overigens psychologisch verklaarbaar⁸³⁰ – nog al eens blijkt.

Beantwoording van de vraag wat de *feitelijke* betekenis is van het vervallen van vertrouwen in besloten samenwerking, is simpel. Waar vertrouwen ‘conditio sine qua non’ is, zal het vervallen er van de doodsteek te zijn. Alleen zijn de manier en het moment waarop dat tot uitdrukking komt alsook de juridische betekenis ervan zeer gevarieerd. Geen casus blijkt dezelfde.

Ook als het gaat om conflictbeheersing is de vraag naar de betekenis van het vervallen van vertrouwen niet simpel te beantwoorden. Juist vanwege het hoge vertrouwenskarakter van de samenwerking in een maatschap blijkt in de praktijk de inbreuk er op hoog te worden opgenomen. Wat dat betreft werkt besloten samenwerking niet anders dan een huwelijk: respectloos handelen en handelen dat als zodanig ervaren wordt heeft de bekende wederkerige en versterkende werking. Hoe dat komt? Puur van de koude grond geredeneerd is het natuurlijk zo dat waar aanbod en aanvaarding in een eerste fase van op verliefdheid gelijkende kennismaking verlopen in een minder kritische gemoedstoestand,⁸³¹ daartegenover de beëindiging van vertrouwen – waarbij dus ook vertrouwen op de redelijkheid van de scheidingsmelding ontbreekt – betekent dat het aanbod tot beëindiging als rechtshandeling – de op een rechtsgevolg gerichte *wil* – in de lucht blijft hangen. De een *wil* wel en de ander *wil* niet, of in ieder geval niet hetzelfde en door het wantrouwen wordt dat verschil niet overbrugd (waar dat bij aanvang wel het geval was en soms zelfs (te) gemakkelijk). Dat kan snel na de scheidingsmelding blijken, of lang er na, maar de doodsteek is het.

De vraag naar de mogelijkheid van herstel is haar beantwoorden: het is inderdaad mogelijk, maar het komt niet vaak voor.

Dit *willen* en *niet* willen van bepaald rechtsgevolg in een sfeer van zich versterkend wantrouwen – herkenbaar voor de collega’s die zich bezig houden met het familierecht en mediation en voor de praktijk van de conflictbeheersing en oplossing in besloten verhoudingen belangrijk – blijkt in de praktijk in combinatie met de afwezigheid van een efficiënt kader dat opportunistisch handelen remt, een behoorlijke barrière voor het snel en efficiënt oplossen van problemen. De samenwerking verkeert door de ervaren inbreuk op gesteld vertrouwen, aan het herstel waarvan de reacties over en weer vervolgens weinig blijken bij te dragen, nog al eens in geen tijd in haar tegendeel. Soms duurt het langer. De onderlinge

⁸³⁰ Zie de escalatieladder van Glasl, Prein 2009, p. 59 e.v., ook op internet te vinden.

⁸³¹ Hoefnagels & Van Leuven 2009, p. 25 e.v.

verhouding derailleert en de bereidheid om aan mogelijke oplossingen medewerking te verlenen vermindert eerder dan dat ze groter wordt.

Het bevorderen en gebruiken van momentum voor het vinden van een oplossing is in dit soort situaties voor de bemiddelaar razend belangrijk. Het is op dat moment ook dat erkenning van het verantwoordingskarakter van de relatie dienstovereenkomstig belangrijk is, zulks begrepen in het perspectief van de aard van de lidmaatschapsverhouding.

Hierbij vallen in de praktijk een paar elementen op. Ten eerste – een open deur – geldt ook voor de bemiddelaar dat geen casus dezelfde is. Dit bemoeilijkt het vinden van algemene regels en maakt iedere benadering bijzonder. Ten tweede geldt – wederom een open deur – dat waar maatschapsrecht in zijn regeling van dit soort situaties beperkt is, het vervolg afhankelijk is van de contractuele uitwerking en van de manier waarop partijen zich opstellen. In de praktijk blijkt echter onvoldoende te worden nagedacht over die uitwerking, dan wel onvoldoende te worden gedaan aan het onderhouden van de onderlinge contractuele relatie in de periode (soms van jaren) dat partijen en hun samenwerking zich ontwikkelen. Ten derde kan sprake zijn van snelle juridische escalatie en ook oplossing, bijvoorbeeld doordat geschil en spoedeisend karakter zich lenen voor aanpak door en het treffen van voorzieningen in kort geding. Maar tenminste evenzo vaak ontstaat het al in hoofdstuk 1, paragraaf 3.5 beschreven ‘tafellakenservet’ probleem en houden betrokkenen elkaar en de onderneming gedurende geruime tijd in een wankel energie, tijd, aandacht en geld vretend evenwicht, waarvan ook derden het slachtoffer kunnen zijn.

Ten vierde geldt wat de opstelling van partijen betreft iedere keer weer dat ook het persoonlijk karakter en de mate waarin met druk van buitenaf en tanend vertrouwen kan worden omgegaan een uitermate belangrijke factor is.

Tot slot: zonder rem – en om te kunnen remmen is een vast punt of ten minste weerstand nodig⁸³² – in feitelijke of juridische zin is nogal eens sprake van escalatie. De escalatieladder van Glasl blijkt alsdan nogal eens niet langzaam af te lopen, maar vertoont vanaf het moment van de ervaren inbreuk op vertrouwen een enorme knik (het ‘kantelmoment’).⁸³³ Nogal eens ook blijken vervolgens alle argumenten door betrokkenen te worden aangegrepen om niet aan voorstellen tot minnelijke regeling toe te hoeven komen, tenzij – zo lijkt althans – volledig aan het eigen belang of de visie daarop tegemoet wordt gekomen. Ratio lijkt – ook op het punt van alternatieve geschillenbeslechting – vaak ver te zoeken. Het ‘vaste punt’ om de aarde uit zijn baan en het geschil naar een goed einde te

⁸³² Vrij naar Archimedes.

⁸³³ Willems 2011/2, p. 150.

wrikken, wordt nogal eens node gemist – en daar ligt precies de voor conflictoplossing belangrijke rol van de bemiddelaar.

Dit speelt bij deraillerende beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking in het bijzonder, meer dan bij andere contracten, ook als daar de factor vertrouwen een rol speelt.⁸³⁴ Opportunistisch handelen en door betrokkenen ervaren inbreuk op gesteld vertrouwen blijken in de praktijk in combinatie met de door wet, statuten en/of contract op dit vlak gelaten ruimte, met name in 50/50 verhoudingen en andere in de stemverhoudingen besloten liggende blokkeringen – zowel wat betreft het ontbreken van rem op handelen als oorzaak voor ontwrichting, als op handelen als gevolg van de ontwrichting – te kunnen leiden tot diepgaande en langdurige geschillen en impasses.⁸³⁵

De principiële betekenis van het vervallen van goede trouw ('eensgezindheid') onderkennen de Romeinen al.⁸³⁶ Een citaat uit de dissertatie van Punt, 2010, p. 136 die Inst. 3.25.4 en Gai. 3.151 aanhaalt:

*'Een vennootschap blijft bestaan zolang de vennoten in de zelfde eensgezindheid volharden' (...) '(Manet autem societas eo usque, donec in eodem [con] sensu persuerant (...)).' (...) 'Het instellen van een rechtsvordering tegen de medevennoot (actio pro socio) leidde om die reden tot ontbinding van de vennootschap. Uit de kennelijke noodzaak een rechtsvordering in te stellen, bleek dat de vennoten niet meer in staat waren om op minnelijke wijze tot een oplossing te komen en dat tussen hen dus geen consensus meer bestond.'*⁸³⁷

Kaser & Wubbe schrijven in ditzelfde verband:

'Zolang de societas bestaat, kunnen de vennoten elkaar niet dwingen tot nakoming van de onderlinge verplichtingen, welke de fides hun oplegt. Met name hebben zij daartoe geen actie. Men heeft niet van buitenaf ordenend willen ingrijpen in een bestaande samenwerking. Hetzelfde geldt voor de communio, het consortium en de corporaties. Daarom bestaan er geen rechtsregels voor de verhouding tussen de vennoten onderling; alles hangt af van een goede onderlinge verstandhouding. Zodra daaraan iets hapert, kan ieder der socii aan de vennootschap een einde maken. Pas als de societas is beëindigd kan de actio pro socio, een bonae fidei iudicium, wor-

⁸³⁴ HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, nt. Van Schilfgaarde (*dierenartspraktijk*).

⁸³⁵ Rechtbank Rotterdam, 14 oktober 1999, JOR 2000, 50 (*Double Super*).

⁸³⁶ Nieskens 1991, Barendrecht 1992, Smits 1995, p. 108-110.

⁸³⁷ Zoals zowel Kaser & Wubbe als Punt laten zien, zijn al in het Romeinse recht naast acties bedoeld om aan de vennootschap een einde te maken, ook acties tot ontwikkeling zijn gekomen die gedurende het bestaan van de 'societas' konden worden ingesteld. Raaijmakers 2000, p. 102 e.v.

*den ingesteld. Deze actie is (evenals de actio mandati, de actio negotiorum gestorum en de actio tutelae) gericht op afrekening, gewoonlijk dus op het saldo, dat de een van de ander te vorderen heeft na verrekening van de schulden over en weer, die uit de vennootschapsverhouding zijn ontstaan. In aanmerking komen voornamelijk vorderingen tot uitkering van een winstaandeel alsook tot schadevergoeding wegens achterwege gebleven inbreng of wegens noodzakelijke, voor de vennootschap gemaakte kosten (b.v. om tot een evenredige verdeling van het verlies te komen), alsmede vorderingen tot vergoeding van schade door eiser geleden, omdat gedaagde mede-vennoot zich in strijd met de goede trouw heeft gedragen.*⁸³⁸

Kortom: de maatschap is goede trouw, maar wat betekent het vervallen van vertrouwen in *juridische* context?

Van belang is te onderkennen dat elk feitelijk handelen of nalaten binnen een samenwerking kan leiden tot het gevolg van het ontbreken van noodzakelijk vertrouwen bij de wederpartij(en). Dat komen te ontbreken van vertrouwen kan een volstrekt subjectief bepaalde oorzaak hebben, volslagen onterecht zijn, en rechtens – op het eerste gezicht – totaal niet relevant *lijken*.

Het ontbreken van vertrouwen kan ook – wat hier genoemd wordt – objectieve oorzaak hebben, of rechtens relevant zijn. Te onderkennen zijn een vijftal situaties die niet steeds van elkaar te scheiden zijn:

- (1) de beëindiging van de maatschap met wederzijds goedvinden en het eventueel vastleggen van rechtsgevolgen in een vaststellingsovereenkomst ex artikel 7:900 BW. Voor zover verdeling aan de orde is wordt de strevingsgemeenschap verdelingsgemeenschap.⁸³⁹ Aanbod en aanvaarding hebben daarop betrekking en meestal ook op het verlenen van kwijting en het uitsluiten en/of beëindigen van procedures. Het mogelijk door een der of beide partijen beleefde wantrouwen verandert qua intensiteit en wordt (deels) vervangen door tenminste uit aanbod en aanvaarding blijkend vertrouwen – welke overgang in de praktijk dus een behoorlijk hobbelt blijkt – en voor zover de vaststellingsovereenkomst ruimte laat voor interpretatie kan de verbintenisscheppende kracht van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW als correctienorm binnen de contractuele context van de vaststellingsovereenkomst tot uitdrukking komen.

Vertrouwen heeft betekenis bij eventuele toepassing van het *Haviltex*-criterium, maar wel volgens de normale betekenis in het contracten-

⁸³⁸ Vgl. ook Kaser & Wubbe 1971, p. 218.

⁸³⁹ Pitlo & Cahen 1988, p. 69 e.v.

recht, zij het dat het bij geschillen over de uitvoering van de vaststellingsovereenkomst en bij vragen van uitleg zowel voor bemiddelaar als rechter of arbiter wezenlijk kan zijn van de voorgeschiedenis op de hoogte te zijn;

- (2) de opzegging van het contract met rechtsgevolg. Zo leidt opzegging van een vennoot aan de andere vennoten ex artikel 7A:1683 sub 3 BW tot ontbinding van de maatschap – als hoofdregel. Niet zondermeer duidelijk in de tekst van de wettelijke regeling is wát wordt opgezegd: de contractuele maatschapsrelatie van de opzeggende vennoot met de andere vennoten waardoor tussen de andere vennoten de maatschap nog wordt (of kan worden) voortgezet al dan niet als ‘nieuwe’ maatschap, wat het systeem is in Ontwerp Titel 7.13. Of dat de gehele maatschap wordt ontbonden, hetgeen bij twee vennoten in ieder geval zo zou zijn omdat dan geen sprake meer is van een overeenkomst van vennootschap.

Deze opzegging aan de andere vennoot of vennoten, of de maatschap nu geheel ontbonden wordt of niet, kan op zich reeds leiden tot een merkelijke inbreuk op door de opgezegde partij(en) in de opzeggende partij gesteld vertrouwen. Vertrouwen (het mogen vertrouwen) kan rechtens relevant zijn onder meer bij de bepaling van de opzegtermijn en bij de bepaling van een vergoedingsplicht van door de opgezegde partij(en) gedane investeringen.⁸⁴⁰

De strevingsgemeenschap wordt door de opzegging volgens de hoofdregel verdelingsgemeenschap.

Afhankelijk van het antwoord op de vraag of de opzegging wordt geaccepteerd verandert bij acceptatie het karakter van het in de onderlinge verhouding te stellen vertrouwen van aard (het zal niet meer gaan om de persoon, maar om de wijze en resultaten van de verdeling) en de betrokken belangen veranderen. De verbintenisscheppende kracht van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW als correctienorm verandert dienovereenkomstig van functie. Wordt de opzegging niet geaccepteerd dan is deze tenminste toetsbaar met behulp van 7A:1686 lid 1 BW, dat bepaalt dat een opzegging vernietigbaar is indien zij in strijd met de redelijkheid en billijkheid is geschied. Zolang zij niet wordt geaccepteerd – maar ook die niet-acceptatie en de houding ‘er omheen’ zijn toetsbaar – zullen de eisen van redelijkheid en billijkheid onverkort hun corrigerende rol kunnen spelen;

⁸⁴⁰ HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742, nt. Stein (*Mattel/Borka*).

- (3) de opzegging van beheers- of bestuursbevoegdheid met als uiterste verschijningsvorm de opzegging van vertrouwen in een persoon of in diens functioneren. Dit type van opzegging is herkenbaar in artikel 7A:1673 BW in de twee varianten van lid 2. De eerste variant is de herroeping om gewichtige redenen van de in lid 1 bedoelde beheersbevoegdheid die in *'bijzonder beding van de overeenkomst van maatschap'* is vastgelegd. De tweede is de eenvoudige herroeping van de beheersbevoegdheid die *'bij latere akte'*, dus wat ruimer geformuleerd, nadien is verleend.

Voor beide varianten geldt dat opzegging van beheers- of bestuursbevoegdheid gemakkelijk zal worden opgevat als opzegging van vertrouwen omdat beheer en bestuur een op vertrouwen gebaseerde mate van vrijheid impliceren die door de maatschapscontext nog wordt versterkt. Als deze vorm van opzegging zich voordoet, zal sprake zijn van opzegging van de ene vennoot aan de andere in een twee partijenverhouding, of, in de spiegelbeeldige variant van artikel 7A:1683 sub 3 BW, van een opzegging door de andere vennoten aan een van hen.

De variant van de herroeping om gewichtige redenen zal alleen door de beschikkingsbevoegde vennoten kunnen geschieden omdat dat een wijziging van de vennootschapsovereenkomst inhoudt.⁸⁴¹

Beide varianten kunnen ook een opzegging van een der vennoten aan een van de andere zijn – dus vanuit een minderheidspositie of in een impasse – maar de vraag is welk rechtsgevolg dat dan heeft. Deze opzegging lijkt op de opzegging van een aandeelhouder aan een andere aandeelhouder of op de opzegging van een 50% aandeelhouder aan een bestuurder, in de zin dat die zonder nadere duiding als een schot voor de boeg zou kunnen worden beschouwd en als zodanig doorgaans ook zal worden opgevat – ten onrechte: daar ligt de bijzondere betekenis van analyse van de aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding en de in besloten ledenverhoudingen te betrachten goede trouw.

In de variant van artikel 7A:1673 lid 1 jo lid 2 BW is voor de opzegging een gewichtige reden nodig en zullen de andere beschikkingsbevoegde vennoten moeten meewerken. De enkele opzegging zal niet tot aanpassing van het contract hoeven te leiden. In de andere variant van lid 2 zal rechtsgevolg eerder aan de orde kunnen zijn en hangt dat gevolg af van wat er met de herroeping precies gebeurt.

⁸⁴¹ Slagter 2009/1, paragraaf 14.4.

Herroeping van beheers- of bestuursbevoegdheid komt juridisch beschouwd neer op het opzeggen van mandaat. Daaraan refereert artikel 7A:1673 lid 2 BW letterlijk ook: *‘even als eene eenvoudige lastgeving, herroepelijk.’* Opzeggen van vertrouwen is rechtens relevant voor zover die opzegging kwalificeert als de opzegging van mandaat: de herroeping van vrijheid tot het onder de doelomschrijving van de vennootschap, maar ook van het doel waarmee de besloten ledenverhouding werd aangegaan, verrichten van beheershandelingen en het kunnen verrekenen van uit die beheershandelingen voortvloeiende kosten met de maatschap en daarmee met ieder der vennoten. De term mandaat impliceert een opdrachtrelatie waarvoor artikel 7:408 BW net als artikel 7A:17673 lid 2 BW bepaalt:

‘De opdrachtgever kan te allen tijde de overeenkomst opzeggen.’

De reden voor de opzegging is volstrekt onverschillig, althans voor de consequentie van de opzegging: de beëindiging van het mandaat. Het gaat hierbij om het herroepen van eerder door de opdrachtgever aan de opdrachtnemer verleende vrijheid en plicht om de opdracht in het belang van de opdrachtgever uit te voeren. Die waren gebaseerd op de vooronderstelling van de opdrachtgever dat de opdrachtnemer zorgvuldig – binnen het kader van de opdracht – met de van de zijde van opdrachtgever betrokken belangen zou omgaan. Zorgvuldig te zullen omspringen was waarop de opdrachtnemer ten behoeve van opdrachtgever autonomie inleverde en hij vrijheid verkreeg. Waarbij die opdracht in maatschapscontext – en dat is dan het verschil met de normale overeenkomst van opdracht – wel de geschetste uitgangspunten van de overeenkomst van maatschap intact laat.

Dit betekent dat er juridisch gezien met de herroeping van beheersbevoegdheid wel degelijk ‘iets’ gebeurt, er rechtsgevolg is. Een aantal kanttekeningen is te plaatsen:

- het opzeggen van het beheers- of bestuursmandaat komt niet per se neer op de beëindiging van de maatschapsverhouding. Met name in de verticale relatie – ten opzichte van een bestuurder – kan mandaat of vertrouwen worden opgezegd zonder dat hij functioneel en/of arbeidsrechtelijk als ontslagen is te beschouwen. Of zonder dat daarmee het lidmaatschap van de maatschap beëindigd wordt;
- op zijn beurt zal de bestuurder of degene die beheershandelingen verricht, waaraan het mandaat wordt opgezegd, willen weten wat dat precies voor hem betekent, en anders wellicht/waarschijnlijk – bij uitblijven van duidelijkheid over hetgeen van hem wordt verwacht en dus bij

uitblijven van duidelijkheid over de vraag of hij gedechargeerd wordt – zijn conclusies trekken en bijvoorbeeld ontslag nemen en/of de maatschap zelf opzeggen;

- in de horizontale relatie zal de nadrukkelijke opzegging van vertrouwen in de persoon en/of diens functioneren, meer dan opzegging van beheersbevoegdheid (lees: verrekeningsbevoegdheid) beëindiging van de samenwerking betekenen. In een zuiver op vertrouwen gebaseerde beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking – dus zonder uitwerking in concrete contractuele verplichtingen – zal dan naar de aard van het maatschapscontract de opzegging van vertrouwen in de persoon of diens functioneren in een tweepartijenverhouding amper op iets anders kunnen neerkomen dan op het in artikel 7A:1683 sub 3 BW geregelde rechtsgevolg van de ontbinding van de maatschap ten aanzien van die persoon en mogelijk van het geheel – met verdere in achtname van alle kanttekeningen die hierbij in de inleiding, paragraaf 3 en 4 werden gemaakt;

- naar mate de factor vertrouwen meer door (resultaats)verplichtingen in het contract is weggeschreven, zal opzegging van vertrouwen in de persoon in de horizontale relatie mogelijk niet direct behoeven of kunnen neerkomen op ontbinding van de maatschapsrelatie ten aanzien van die persoon of het geheel en/of zich vertalen in andere rechtsgevolgen, zoals nakoming van die resultaatsverplichtingen.

Het gaat er bij die rechtsgevolgen om of het (komen te) ontbreken van vertrouwen in het functioneren van de persoon en de opvolgende uitdrukking er van – dus de verklaring van opzegging of het vertonen van ander gedrag – wettelijk, statutair of contractueel beschouwd een rechtsgeldige grondslag is voor beëindiging, bijvoorbeeld om gewichtige redenen, en/of welke andere consequenties wettelijk, statutair of contractueel verbonden zijn;

- bijzonder – en dubbelzinnig in een tweede opzicht – is dat opzeggen van vertrouwen op zijn beurt waarschijnlijk ook effect heeft op het vertrouwen dat de opgezegde zal hebben. Ten eerste in de omvang van het mandaat dat de opgezegde binnen context van de samenwerking met de opzeggende partij zelf dacht te mogen hebben en ten tweede wellicht/ waarschijnlijk ook in de persoon van degene die opzegt;

- (4) toerekenbare tekortkoming in de nakoming van uit het maatschapscontract voortvloeiende verbintenissen ex artikel 6:74 BW. Te denken valt natuurlijk eerst aan de eigenlijke voorbeelden van wanprestatie zoals

het plegen van concurrentie, het om de hoek voor zichzelf beginnen,⁸⁴² het niet toelaten van partners in de samenwerking tot de werkvloer, het niet verlenen van inzage in administratie, het weigeren van rekening en/of verantwoording, etc. Het zijn de eerder aangehaalde voorbeelden van impliciete scheidingsmelding. Het zijn voorbeelden van gedrag dat formeel niet op opzegging neerkomt, maar materieel genomen – gelet op de ernst van de inbreuk gemeten aan de aard en uitgangspunten van de maatschapsovereenkomst als in bijzonder beheerst door de goede trouw – onder omstandigheden naar artikel 3:35 BW (in een wat vrije toepassing), dat bepaalt:

‘Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil.’

wel gelijk gesteld zou kunnen worden met opzegging. Als althans afhankelijk van die omstandigheden bij de gelaedeerde de gerechtvaardigde conclusie mag ontstaan dat de wil tot samenwerking met het inbreukmakend gedrag is komen te vervallen.⁸⁴³ Dat kan betekenen dat de geleadeerde zich onder omstandigheden vrij kan achten, als ware hij opgezegd.

Tegelijk moet met het afleiden van conclusies uit impliciet gedrag worden opgepast.⁸⁴⁴ Voor afleiding bestaat dan weinig ruimte.

⁸⁴² HR 19 oktober 1990, NJ 1991, 21 (*Koghee/Akkoca*).

⁸⁴³ Ook Strijbos 1985, p. 114. In algemene zin Eggens, 1949, p. 204, 208, Eggens 1950, p. 239, Smits 1995, p. 108-110.

⁸⁴⁴ HR 16 mei 1986, NJ 1987, 206, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers (*Van den Broeke/Van der Linden*), waarin het hof de wilsovereenstemming omtrent de beëindiging, lees: ontbinding, van de vennootschap construeert, de Hoge Raad casseert en ook Maeijer daartegen bezwaar heeft. Het hof overweegt in r.o. 6: *‘Tegen de sub 2 subsidiair gevorderde scheiding en deling voert Van den Broeke als verweer, dat de vennootschap nog niet is ontbonden en dat een vordering tot scheiding en deling derhalve prematuur is. Ten processe staat vast dat reeds tientallen jaren van samenwerking tussen de vennoten van de vennootschap onder firma Oke geen sprake meer is, dat zij in de vijftiger jaren het vennootschapsvermogen voor een belangrijk deel hebben verdeeld, welke partiële scheiding en deling in 1962 notarieel is afgewerkt, en dat pp. sinds 1970 onderhandelen om ook de rest van het vennootschapsvermogen gescheiden en gedeeld te krijgen. Neemt men dan daarnaast in aanmerking dat de vennootschap is aangegaan voor vijf jaar met stilzwijgende verlenging voor telkens vijf jaar indien geen wens tot beëindiging wordt kenbaar gemaakt, en dat, wat men ook van de tussen 1975 en heden gevoerde correspondentie mag denken, daarin in elk geval overduidelijk vast ligt dat er sinds 1975 wilsovereenstemming bestaat over de beëindiging van de vennootschap, dan kan de conclusie slechts zijn dat dit verweer moet worden verworpen.’*

Ook de opzegging zelf kan qua doel – beëindiging van de samenwerking – als qua termen waaronder de opzegging geschiedt – de wijze waarop,⁸⁴⁵ opzegtermijn,⁸⁴⁶ schade en andere financiële consequenties⁸⁴⁷ – gemakkelijk worden ervaren als een inbreuk op gesteld vertrouwen⁸⁴⁸ en te kwalificeren zijn als wanprestatie. Het enkele feit dat daarbij een opzegtermijn in acht is genomen, maakt dit niet principieel anders, zelfs als dat een contractueel overeengekomen termijn is.⁸⁴⁹ In al deze opzichten is opzegging toetsbaar, net als elk ander handelen of nalaten, rechtshandeling of niet, aan de uitgangspunten van de samenwerking;

- (5) de ontbinding van het maatschapscontract wegens gewichtige redenen ex artikel 7A:1684 lid 1 BW.⁸⁵⁰ Gerefereerd wordt aan het eerder in hoofdstuk 1, paragraaf 3.5 aangehaalde voorbeeld van duurzame ontwrichting⁸⁵¹ als gevolg van ‘incomptabilité d’humeurs’.⁸⁵² Met niet re-

⁸⁴⁵ Rb Zwolle, 4 juni 2003, zaaknr/rolnr: 61167/ HA ZA 00-1210.

⁸⁴⁶ Vgl. Hof 's-Hertogenbosch, 4 maart 1958, NJ 1958, 624 (*Winters/Winters*).

⁸⁴⁷ Vgl. HR 20 november 1970, NJ 1971, 64 (*P.D Schilte Koffiebranderij en Theepakkerij*).

⁸⁴⁸ De Hoon 2005, p. 15 e.v. en Visscher 2011, p. 147 e.v. Ook als uit de aard van de overeenkomst voortvloeit dat deze kan worden opgezegd kunnen de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is als er sprake is van een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging. De Hoon en Visser onderscheiden daarbij de volgende criteria: 1. de wederzijdse belangen van partijen, 2. of partijen bij het aangaan van de overeenkomst een langdurige samenwerking voor ogen stond, 3. of de opgezegde partij een forse investering heeft gedaan ten behoeve van de samenwerking, 4. of de opgezegde partij grotendeels/voor zeer aanzienlijk deel van haar omzet afhankelijk is van de overeenkomst, 5. de lange duur die de overeenkomst in theorie nog zou kunnen hebben en de financiële consequenties van de opzegging, 6. de hechte en langdurige relatie tussen partijen, 7. het vertrouwen van de opgezegde partij dat de overeenkomst langdurig in stand zou blijven, 8. de opzegtermijn, 9. de aard en strekking van de overeenkomst alsook 10. of is voldaan aan een zorgplicht en aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Visscher leidt daaruit af dat een rechter elk van deze omstandigheden in hun onderlinge samenhang zal wegen bij de beoordeling of in een bepaalde zaak een voldoende zwaarwegende opzeggingsgrond vereist is alsook bij de beantwoording van de vraag of de door de opzeggende partij aangevoerde opzeggingsgrond, als daarvan al sprake is, tegen het licht van deze omstandigheden als voldoende zwaarwegend kan worden gekwalificeerd.

⁸⁴⁹ HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742, nt. Stein (*Mattel/Borka*): ‘Bij een duurovereenkomst als waarvan hier sprake is, kan het voorkomen dat de partij tot wie de opzegging is gericht, met het oog op het voortduren van de overeenkomst investeringen heeft gedaan welke niet enkel worden gecompenseerd door, of verdisconteerd in, een bepaalde opzegtermijn, waarvan de duur immers mede wordt bepaald door de belangen van de opzeggende partij. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen ondanks de redelijke duur van de opzegtermijn de eisen van redelijkheid en billijkheid nopen tot toekenning van een schadevergoeding.’ Strijbos 1985, p. 164.

⁸⁵⁰ HR 7 maart 1941, NJ 1941, 738 (*Kuyten/Kuyten*).

⁸⁵¹ HR 7 maart 1941, NJ 1941, 738 (*Kuyten/Kuyten*).

⁸⁵² Hof Den Haag 24 mei 1968, NJ 1969, 439 (*Hoogendam/Hoogendam*). Vgl. Bulten

parabel uit elkaar groeien – de duurzame ontwrichting – staat wel vast dat voortzetting van de samenwerking niet meer succesvol kan zijn. Het dubbelzinnige is dat om de boven geschetste redenen een opzegging van een besloten ledenverhouding niet steeds met evenveel begrip en ratio ontvangen wordt of de consequenties ervan zullen worden verstaan en dat reeds om die reden duurzame ontwrichting dreigt.

Het komen te ontbreken van voor het succes van samenwerking noodzakelijk vertrouwen is, net zoals ten aanzien van opzegging in paragraaf 2 al werd geconstateerd, aldus ook een dubbelzinnig en juridisch beschouwd voor meerderlei duiding vatbaar fenomeen.

Net voorafgaand aan de hierboven beschreven vijf situaties werd opgemerkt dat het komen te ontbreken van vertrouwen een volstrekt subjectief bepaalde oorzaak kan hebben, volslagen onterecht zijn, en rechtens – op het eerste gezicht – totaal niet relevant kan *lijken*. De vijf beschreven situaties maken duidelijk dat het niet zo vaak zal voorkomen dat het komen te ontbreken van vertrouwen dat juridisch minder relevant *lijkt* dat ook daadwerkelijk *is*.

3.4 Opzegging: grondslag – tussenbeschouwing

De maatschap is goede trouw, en opzegging aan de maatschap – die als onderdeel van het maatschapsrecht aan de uitgangspunten ervan te toetsen is – veronderstelt goede trouw, van alle betrokkenen, ook van degene(n) waaraan wordt opgezegd. Dat is waar artikel 7A:1686 lid 1 BW, dat bepaalt dat een opzegging vernietigbaar is indien zij in strijd met de redelijkheid en billijkheid is geschied, in perspectief op de opzeggende partij op aansluit.⁸⁵³ Het is ook waar de corrigerende betekenis van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW in perspectief op de opzeggende en op de opgezegde partij op aansluit.⁸⁵⁴ Het is ook waar de corrigerende betekenis van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW in perspectief op de herroeping van beheersbevoegdheid op aansluit.

2011/1, p. 84.

⁸⁵³ Van der Grinten 1969, p. 79.

⁸⁵⁴ Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 1958, NJ 1958, 624 (*Winters/Winters*): 'dat na beëindiging van de vennootschap ingevolge de opzegging van geïntimeerde het vermogen van de vennootschap gemeenschappelijk vermogen van pp. bleef en pp. op grond van de goede trouw tegenover elkander gehouden waren dit vermogen zo goed mogelijk te beheren en mitsdien – waar dit vermogen bestond uit een handelsonderneming – de onderneming voort te zetten; O. dat derhalve geïntimeerde gehouden was, na de beëindiging van de vennootschap zijn medewerking te verlenen aan de voortzetting der onderneming en de omstandigheid dat hij zich overeenkomstig die verplichting heeft gedragen, uiteraard niet onverenigbaar is met zijn wil om de vennootschap te beëindigen.' Vgl. HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742 (*Mattel/Borka*), Strijbos 1985, p. 9.

Opzegging van de maatschap is op zichzelf beschouwd een neutraal fenomeen. Zij beoogt beëindiging van een rechtsverhouding te bewerkstelligen. Zij wordt normatief gekleurd door de feitelijke en contractuele/goede trouw context waarbinnen zij plaats vindt en de voorzienbare consequenties die ze in het perspectief van de betrokken belangen heeft.

Wat is in het algemeen grondslag voor opzegging als die niet expliciet wettelijk geregeld is? De Hoon schrijft dat opzegging de mogelijkheid biedt duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd eenzijdig te beëindigen ook zonder dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming.⁸⁵⁵ Of zoals De Hoon het ook formuleert:

*'typerend voor duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd is dat zij niet kunnen eindigen door nakoming. Opzegging van duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd is om die reden als het ware het equivalent voor nakoming van eenmalige transacties.'*⁸⁵⁶

Zou dit voor duurovereenkomsten de in het algemeen geldende benadering zijn, dan bevredigt zij niet helemaal voor de overeenkomst van maatschap, vanwege haar bijzondere karakter dat maakt dat zij zich van andere duurovereenkomsten onderscheidt. Nogmaals: artikel 7A:1683 sub 3 BW als grondslag even buiten beschouwing gelaten.

Een recht om te mogen opzeggen in de bedoelde beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking op voet van gelijkheid kan ook niet zonder meer worden ontleend aan de redelijkheid en billijkheid, enerzijds – maar iets te gemakkelijk gezegd – omdat met hetzelfde gemak waarmee de opzeggende partij daar beroep op doet, de opgezegde partij dat kan betwisten. De slang bijt zich als het ware in de staart.⁸⁵⁷

Aan de toets aan de redelijkheid en billijkheid gaat, net als in het in hoofdstuk 1, paragraaf 1.5 geformuleerde eerste uitgangspunt hierdoor nog een slag vooraf, namelijk een ontleend aan artikel 6:248 lid 1 BW.

(Overigens: bij een contract dat in versterkte mate wordt beheerst door de goede trouw kan wel worden volgehouden dat waar de redelijkheid en billijkheid het contract beheersen en zo nodig corrigeren, geldt dat onder omstandigheden het voortduren van de overeenkomst voor een partij van deze in redelijkheid niet

⁸⁵⁵ De Hoon 2010, p. 139.

⁸⁵⁶ De Hoon 2010, p. 1339.

⁸⁵⁷ Van der Grinten 1965, p. 65/66 die er op wees dat de Hoge Raad tot dan toe de vernietigende werking van de goede trouw niet had aanvaard.

kan worden gevergd.⁸⁵⁸ Dan zijn de redelijkheid en billijkheid in objectieve zin ('derogierend') wel grondslag.)

Gelet op de formulering van artikel 6:248 lid 1 BW waaraan bij het eerste uitgangspunt al werd gerefereerd:

'een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.'

ligt het voor de mogelijkheid van opzegging als de wet of het contract geen grondslag biedt, voor de hand aan te knopen bij de aard van de overeenkomst. Dat is wat de Hoge Raad voor distributieovereenkomsten doet. Zo oordeelt de Hoge Raad in het arrest *Latour/De Bruijn Wijnkopers*:⁸⁵⁹

'Indien wet en overeenkomst niet voorzien in een regeling van de opzegging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd, geldt dat deze in beginsel opzegbaar is. De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen in verband met de aard en de inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat.'

Het gaat dus om de aard en inhoud van de overeenkomst in aanmerking genomen de eisen van redelijkheid en billijkheid en de omstandigheden van het geval.⁸⁶⁰ De conclusie lijkt hierdoor gerechtvaardigd dat de essentie van de mogelijkheid van opzegging van de overeenkomst van maatschap ligt in de rol van het vertrouwen zoals hierboven geanalyseerd en die bepalend is voor haar aard als duurovereenkomst.

De mogelijkheid van opzegging vloeit dan voort uit het gegeven dat de samenwerking in een maatschap geschiedt met, wat hier genoemd wordt, de 'intrinsieke' wil daartoe. Artikel 7A:1683 sub 3 BW als overwoekerde hoofdregel sluit hierop aan. Komen wil en/of vertrouwen te ontbreken dan vervalt de essentie aan de overeenkomst van maatschap. Zij wordt (voorzienbaar) krachteloos. 'Intrinsiek' wil hierbij, zoals opgemerkt, zeggen dat *samenwerking* in een maat-

⁸⁵⁸ Barendrecht & Van Peursem 1997, p. 168.

⁸⁵⁹ HR 3 december 1999, NJ 2000, 120, concl. A-G Hartkamp (*Latour/De Bruijn Wijnkopers*) en HR 28 oktober 2011, RvdW 2011, 1311, concl. A-G Rank Berenschot (*gemeente de Ronde Venen/Stedin*).

⁸⁶⁰ Ook Visscher 2011, p. 148 naar aanleiding van door hem uitgevoerd onderzoek van jurisprudentie inzake distributieovereenkomsten, licentieovereenkomsten, krediet- en samenwerkingsovereenkomsten, zoals aandeelhoudersovereenkomsten, joint venture overeenkomsten en maatschapsovereenkomsten.

schap niet afdwingbaar is, anders is daardoor ook niet sprake van een maatschap.⁸⁶¹ Zulks ondanks dat bij voortzetting van samenwerking wel degelijk belang kan bestaan, hetgeen zich dan vertaalt in andere acties dan die gericht op nakoming, bijvoorbeeld gericht op schadevergoeding.

Waar het afdwingen van samenwerking leidt tot het voorspelbaar krachteloos worden er van, ligt daarin – voortvloeiende uit de aard van de overeenkomst – de grond om het besloten karakter ervan te kunnen beëindigen.⁸⁶² Niet de gebondenheid aan de uit de overeenkomst voortvloeiende te betrachten goede trouw. In de idee dat samenwerking in een maatschap uit haar aard niet afdwingbaar is, ligt vervolgens besloten dat vanaf het moment dat de ‘affectio’, dus de intrinsieke wil om beroeps- of bedrijfsmatig samen te werken, ontbreekt, de samenwerking ook geacht moet worden duurzaam te zijn ontworcht.⁸⁶³

Dit, in combinatie met de bezwaren tegen de volledige ontbinding en vereffening als rechtsgevolg van opzegging, vormt de reden dat hier – in aansluiting op de in hoofdstuk 1, paragraaf 3.5 aangehaalde jurisprudentie – wordt betoogd, en in het volgende verder onderbouwd, dat ook als opzegging contractueel niet tot de mogelijkheden behoort of beperkt is, beëindiging van de (N.B.) *besloten leden verhouding*, dus *van het besloten karakter* ervan (let wel, er staat niet: ‘zondermeer in alle omstandigheden ook van de vennootschap/rechtspersoon zelf’) wegens gewichtige reden steeds mogelijk is, ook om redenen van enkele incomptabilité d’humeurs,⁸⁶⁴ zulks onverlet eventuele schadeplichtigheid wegens wanprestatie of onrechtmatige daad. ‘Ook in de B.V.-quasi V.O.F.’ en de flex-B.V.

Gelet op de definitie van wat een besloten ledenverhouding is – welke definitie in het navolgende nog verder wordt uitgewerkt – en de problematiek tot op zijn essentie afgepeld zijnde, is het voorgaande ook weer een open deur. Dat is ook geen punt. Veel belangrijker is het antwoord op de vraag wat het voorgaande voor consequenties heeft.

Het voorgaande anders geformuleerd: strekking is te betogen dat scheidingsmelding voldoende gewichtige reden vormt voor het op dat moment beëindigd achten ‘*van de besloten ledenverhouding*’, die daardoor kantelt van besloten naar open. In maatschapsverhoudingen betekent dat dat de gebonden gemeenschap ‘vrij’ wordt. Vervolgens moet conform het maatschapscontract en de uitgangs-

⁸⁶¹ Kaser & Wubbe 1971, p. 219.

⁸⁶² Vgl. bijlage I MvT Ontwerp van wet op de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, TK 1969-1970, 10 689, OK 20 januari 2012, ARO 2012, 16 (*Mulix*), Hof Den Haag 24 mei 1968, NJ 1969, 439 (*Hoogendam/Hoogendam*).

⁸⁶³ Lenters 1993, p. 58, MvA bij Wetsvoorstel 10 213, p. 3/4. ‘*Een ontworcht huwelijk is een samenleving die uit haar verband is gerukt, krachteloos is gemaakt.*’

⁸⁶⁴ Hof Den Haag 24 mei 1968, NJ 1969, 439 (*Hoogendam/Hoogendam*).

punten ervan, in aanmerking genomen artikel 3:189 e.v. BW (waarover paragraaf 3.6 hierna) en de bij de maatschap betrokken belangen, worden bepaald hoe met de respectieve aandelen in de vrije gemeenschap wordt omgegaan. Bij een B.V. kantelt de positie van de ‘betrokken’ aandeelhouder – zoals in de *De Haas/Ruitenber*g-casus uit hoofdstuk 1, paragraaf 4.2 – naar die van ‘belegger’.⁸⁶⁵

Dit uitgangspunt – en combinatie van het eerste, tweede, derde en vijfde uitgangspunt – wordt hierna en in hoofdstuk 3 verder uitgewerkt en getoetst.

De enkele scheidingsmelding in de besloten leden verhouding volstaat aldus om de verhouding te doen kwalificeren als duurzaam ontwricht. Gedwongen herstel van het besloten karakter is uit de aard niet aan de orde.⁸⁶⁶ Als partijen tot herstel bereid zijn, kan dat natuurlijk. Scheidingsmelding kan daarbij ook een bevestiging zijn van al bestaande ontwrichting. Simpele uittreding door ‘exit’ kan een oplossing zijn.

Let wel: met de personenvennootschap (het contract) of rechtspersoon gebeurt op zichzelf op dat moment in formele zin nog niets.

Dat scheidingsmelding leidt tot duurzame ontwrichting is tegelijk niet maatgevend voor de ‘verwijtbaarheid’ ten aanzien van de ontwrichting.⁸⁶⁷ Het begrip ‘ontwrichting’ heeft anders gezegd geen normatieve betekenis, het is een feitelijke constatering.⁸⁶⁸ Dat met de scheidingsmelding het besloten karakter van de ledenverhouding is beëindigd, is juridisch beschouwd ook niet spannend. Veel belangrijker is – zoals opgemerkt – hoe vervolgens met allerlei geschreven en ongeschreven uit de wet, statuten en contract direct en indirect voortvloeiende gehoudenheden wordt omgegaan voorafgaand aan de opzegging en nadien, zowel door de opzeggende als door de opgezegde partij – zoals in de *De Haas/Ruitenber*g-casus uit hoofdstuk 1, paragraaf 4.2.

Beëindiging van het besloten karakter kan leiden tot ontbinding en vereffening, maar in het perspectief van het voorgaande is dat allerm minst noodzakelijk. Reden daarvoor is veeleer niet het feit dat voor ontbinding een besluit bij gewone meerderheid of zelfs bij unanimiteit vereist zal zijn, maar dat afweging van de betrokken belangen daaraan in de weg zal staan.

⁸⁶⁵ OK 28 oktober 2009, ARO 2009, 160 (*DWS Holding*)/

⁸⁶⁶ Hof Den Haag 24 mei 1968, NJ 1969, 439 (*Hoogendam/Hoogendam*).

⁸⁶⁷ Chin-A-Fat 2004, p. 12-15.

⁸⁶⁸ Lenters 1993, p. 56.

In aansluiting op *Latour/De Bruijn Wijnkopers*⁸⁶⁹ en in aanmerking genomen artikel 7A:1683 sub 3 BW, dat juist wèl een wettelijke grondslag geeft, wordt daarom hier voorgestaan dat betamelijkheidseisen (gedragseisen van redelijkheid en billijkheid en andere zorgvuldigheidsnormen) aansluiten op de condities die bij de scheidingsmelding zowel van de zijde van degene die de melding doet als van degene aan wie de melding wordt gedaan in acht moeten worden genomen.

Dit vloeit voort uit de idee van de goede trouw in combinatie met die van de gehoudenheid tot positieve nakoming die beide de bereidheid van zowel melder als diens wederpartij vooronderstellen om op passende wijze om te gaan met zowel de verbintenis-, goederen- als rechtspersonenrechtelijk betrokken belangen bij de uit de scheidingsmelding voortvloeiende aanpassing van de onderlinge relatie betrokken zijn, te weten beperking van schade,⁸⁷⁰ het niet compliceren van afwikkeling.⁸⁷¹ En tot het deugdelijk afmaken van onderhanden werk, het correct omgaan met klanten, etc.

Waarbij met de melding en de opvolgende opstelling verondersteld mag worden dat partijen rekening houden met het belang van de vennootschap en de ermee verbonden onderneming.

Dit is een vierde dubbele betekenis van het fenomeen opzegging. Het kan betekenen dat bij schadeplichtigheid door scheidingsmelding in strijd met de betamelijkheid (redelijkheid en billijkheid of de rechtspersonenrechtelijke zorgvul-

⁸⁶⁹ HR 3 december 1999, NJ 2000, 120, concl. A-G Hartkamp (*Latour/De Bruijn Wijnkopers*) en HR 28 oktober 2011, RvdW 2011, 1311, concl. A-G Rank Berenschot (*gemeente de Ronde Venen/Stedin*).

⁸⁷⁰ HR 29 mei 1998, NJ 1998, 641 (*Elinga/Britisch Wool*): 'Het hof heeft overwogen dat het standpunt van Elinga, dat de redelijkheid en billijkheid welke de verhouding tussen partijen beheersen, meebrengen dat in een geval als het onderhavige de opgezegde partij nog de in de opzegtermijn gebruikelijke orders kan plaatsen, dit teneinde zijn schade in de overgangperiode zoveel mogelijk te beperken en hem in die periode de gelegenheid te geven een nieuwe toeleverancier te zoeken, terwijl dit recht om de gebruikelijke orders te plaatsen ook geldt indien de nieuwe leveringsverplichting na het einde van de overeenkomst zou moeten worden nagekomen, bijval verdient. Deze overweging geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, ook niet indien ervan wordt uitgegaan dat, zoals in dit geval, door de leverancier is opgezegd op grond van het feit dat haar onderneming zal worden geliquideerd wegens tegenvallende resultaten. Het hof heeft ook niet miskend dat bij het vaststellen van de rechten en verplichtingen van partijen in de periode tussen de opzegging en de dag waartegen is opgezegd, alle relevante omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen en niet slechts de inhoud, het tijdsbeslag en hetgeen gebruikelijk is in de handelsrelatie tussen partijen.'

⁸⁷¹ HR 14 november 1969, NJ 1970, 283 (*Van Blaaderen/Van Dijk*), Pitlo & Cahen 1988, p. 69 e.v.

digheid) niet kan worden volstaan met de vergoeding van het negatieve contractsbelang.⁸⁷²

Hierbij passen nog tenminste twee kanttekeningen.

Net zoals de artikelen 7A:1683 sub 3 BW ('de maatschap wordt ontbonden door opzegging van een vennoot aan de andere vennoten') en artikel 7:408 BW ('de opdrachtgever kan te allen tijde de overeenkomst opzeggen') het belang bij de opzegging objectiveren, liever gezegd: gegeven achten, wordt hierna volgens het eerste uitgangspunt, dus bij beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking op voet van gelijkheid, het belang bij het kunnen opzeggen van die relatie *uit zijn aard* geobjectiveerd geacht: het 'niet willen' is principieel voldoende grond voor de scheidingsmelding maar *met de onlosmakelijk verbonden kanttekening* dat scheidingsmelding in principe onomkeerbaar is (maar dat daarop door verzoening uitzonderingen mogelijk zijn),⁸⁷³ toetsbaar op alle verbonden feitelijke en (beoogde) rechtsgevolgen, waarbij met de consequenties van de melding – gedrag aan de zijde van de opzeggende en aan de zijde van de opgezegde partij, alsook met schade in allerlei vorm en opzicht – niet alleen kan maar ook moet worden rekening gehouden, eigenlijk op dezelfde wijze als bij ander handelen of nalaten dat als 'contrair' ten opzichte van uitgangspunten van besloten ledenverhouding mag worden beschouwd.

De rauwelijkse scheidingsmelding kan dus – zoals hoofdstuk 3, paragraaf 1.5.3 nog zal laten zien – heel goed een averechts effect hebben in de zin dat er voor degene die de melding doet juist nadelige consequenties aan verbonden kunnen zijn.

Tweede kanttekening is dat het bereik en de betekenis van dit uitgangspunt ruimer zijn dan enkel artikel 7A:1683 sub 3 BW dat bepaalt dat de maatschap wordt ontbonden door opzegging van een vennoot aan de andere vennoten. Het strekt zich ook uit over persoonsgebonden samenwerking binnen rechtspersonen. Tegenwerping kan zijn dat de stelling niet houdbaar is voor de verhouding tussen aandeelhouders omdat deze in de systematiek van de wet geen maatschap vormen. Dat moge verdedigbaar zijn, aan de andere is het zo dat een maatschap niet altijd maatschap is omdat er het stempel 'maatschap' op staat⁸⁷⁴ en voorts de essentialia ervan zich in vergelijkbare consensuele relaties kunnen voordoen. Dat dwingt ook voor de relatie tussen aandeelhouders in een besloten ledenverhouding terug te gaan naar de essentie ('back to basics') – de inhoud – van het-

⁸⁷² HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*), HR 12 augustus 2005, BR 2006, 82 (*CBB/JPO*), HR 29 februari 2008, NJB 2008, 686 (*Shell Nederland Verkoopmaatschappij*).

⁸⁷³ Van Veen 2011/1.

⁸⁷⁴ Raaijmakers 1992, p. 55 en 2000, p. 110, HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, nt. Van Schilfgaarde (*dierenartspraktijk*).

geen voor hun onderlinge verhouding constituerend is en van daaruit recht (en plicht) te vinden binnen de opzet van dit boek.⁸⁷⁵

3.5 'Klarende' werking

De praktijk leert dat van de mogelijkheid van opzegging een, wat hier genoemd wordt 'klarende' werking uitgaat, mits daar door de beoordelend arbiter, mediator of rechter die met de opzegging en haar consequenties wordt geconfronteerd op het moment dat deze aan hem/haar wordt voorgelegd, op adequate manier mee wordt omgegaan. Daarvoor bestaan tenminste vijf redenen.

Ten eerste vormt de mogelijkheid van opzegging, dan wel opgezegd te kunnen worden een rem op opportunistisch handelen in het bijzonder als de opzeggende of opgezegde partij weet dat – indien nodig – adequaat kan worden getoetst en opgetreden door rechter of arbiter. Dat is dan wel voorwaarde. Opzegging in het veronderstelde eigen belang leidt door de betrokkenheid van genoemde 'derden' immers altijd tot de mogelijkheid van een 'tegen-toets' van het belang van de andere in de samenwerking betrokken personen en van het belang van de vennootschap en de daarbij betrokken derden.

De mogelijkheid van opzegging remt ook vertrouwen in de onbepaaldheid van de duur van de relatie. Die mogelijkheid maant tot voorzichtigheid en dwingt de condities waaronder kan worden opgezegd en haar consequentie goed te bedenken en te regelen. Dat kan in het bijzonder ook onder de flex-regeling.

Ten derde is de opzegging als fenomeen zelf niet spectaculair, maar veeleer de wijze waarop met het feit van die opzegging en haar consequenties door zowel de opzeggende als de opgezegde partij wordt omgegaan. Die consequenties hoeven en kunnen niet altijd ook ontbinding van de relatie of vennootschap in te houden.

Kan het proces dat door de opzegging wordt ingezet zorgvuldig verlopen zowel vanuit de positie van de vennoten als vanuit de vennootschap beschouwd, dan vervalt praktisch, maar ook dogmatisch (een deel van) het bezwaar tegen de opzegging, zowel als de opzegging zou leiden tot een evenwichtige voortzetting

⁸⁷⁵ Eggens 1950, p. 244: *'En wanneer de rechtseis van goede trouw onder omstandigheden een verbintenis uit overeenkomst kan opheffen, dan behoort dit ook mede te worden aanvaard voor verbintenissen buiten overeenkomst, en dan behoort mede te worden aanvaard dat deze rechtseis van goede trouw onder omstandigheden omgekeerd ook een verbintenis buiten overeenkomst kan doen ontstaan, omdat het ene oordeel omgekeerd hetzelfde betekent als het ander oordeel, en al deze oordelen betekenen dat het uiteindelijk de omstandigheden zijn welke – onder het 'oordeel' der goede trouw – de rechtsbetrekkingen der mensen (behoren te) bepalen.'*

van de relatie (na de kanteling van ‘besloten’ naar ‘open’), als wanneer deze zou leiden tot uitstoting of uittreding.

Verloopt het proces na de melding niet efficiënt – het grote bezwaar tegen de werking van de wettelijke geschillenregeling – dan is goed omgaan met het fenomeen van de melding ook lastiger, niet alleen voor de wetenschap maar ook voor de praktijk, waarin opportunisme daardoor ruimte krijgt. Het voorgaande betekent dat een partij die voornemens is op te zeggen ook zelf met een plan kan en wellicht zelfs moet komen voor de afwikkeling en/of voortzetting door een der partijen. En dat dat plan toetsbaar is.

Bij resultaatsverbintenissen als onderdeel van het contract is – ten vierde – zowel wat betreft de concrete prestatie als de bepaalde termijn opzegging minder goed voorstelbaar. Het vorderen van positieve nakoming behoort tot de mogelijkheden en schadevergoeding vervangt het recht op primaire prestatie als sprake is van verzuim. Is een fatale termijn niet overeengekomen dan is ingebrekestelling noodzakelijk om het verzuim te doen ingaan. Bij samenwerking als inspanningsverbintenis is de vordering tot nakoming, bijvoorbeeld in kort geding, voorstelbaar zolang de inspanning in een voldoende concrete kan worden omgezet en bijvoorbeeld op straffe van verbeurte van een dwangsom kan worden afgedwongen.

Wordt het maatschapscontract ‘in essentie’ beschouwd als een inspanningsverplichting dan verdraagt zich een vordering tot nakoming daarmee minder en resulteert die tot schadevergoeding. De kunst is rond de opzegging te bepalen ten aanzien van welke verplichtingen nog concrete medewerking kan worden verlangd en de voor opzegging bestaande inspanningsverplichtingen te vertalen naar concrete resultaatsverplichtingen in een vaststellingsovereenkomst die de rechtsverhouding nadien regelt. Opzegging die niet in overeenstemming is met het contract alsook gedrag dat niet in overeenstemming is met het contract, maar dat opzegging impliceert, alsook weigerachtigheid om op deze wijze een zorgvuldige verdeling en afwikkeling te bevorderen, kunnen op dezelfde wijze door de bemiddelaar en door de beoordelaar worden benaderd en afgedaan.

Ten vijfde geldt – net als in een huwelijk – dat met de duurzame ontwrichting de beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking in de praktijk krachteloos blijkt te worden⁸⁷⁶ met alle negatieve gevolgen niet alleen voor de samenwerking maar ook voor de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dit lijkt ook de gedachte achter het arrest van de Hoge Raad van 7 maart 1941, NJ 1941, 738 waarin de Hoge Raad onder verwijzing naar artikel 7A:1684 BW bepaalt dat zelfs zonder gebruik van een daartoe strekkende tijdsbepaling de vennoten de

⁸⁷⁶ Lenters 1993, p. 58, MvA bij Wetsvoorstel 10 213, p. 3/4. *‘Een ontwricht huwelijk is een samenleving die uit haar verband is gerukt, krachteloos is gemaakt.’*

mogelijkheid van beëindiging door de enkele wilsverklaring contractueel kunnen uitsluiten, immers – het zij herhaald voor het gemak van de lezer:

‘dat bij een zodanige overeenkomst geenszins een voorziening (i.e. artikel 7A:1684 BW, toevoeging P) ontbreekt ter vermijding van het euvel, dat vennoten ook bij een voortdurende tweedracht en twist bijeen zouden moeten blijven.’⁸⁷⁷

Denken in het belang van de vennootschap en de verbonden onderneming veronderstelt een adequaat en tijdig omgaan met (de mogelijkheid van) dit ‘krachteloos’ worden en zijn consequenties onder terzijde schuiven van de wil van partijen. De mogelijkheid te kunnen opzeggen, maar ook de eis daar op goede manier van beide zijden mee om te gaan zijn daarmee fenomenen die betekenis kunnen hebben in het perspectief van ‘het belang van de vennootschap en de verbonden onderneming’, mits daarmee ook adequaat door de rechter, bijvoorbeeld in het kader van de toepassing van artikel 7A:1684 BW, of door de mediator of arbiter wordt omgegaan.

Belangrijker nog dan de dogmatische onderbouwing is te zien dat gedwongen handhaving van beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking in de praktijk niet werkt en te lang laten ‘doorsudderen’ ook niet. Sterker: het werkt averechts. Tweede uitgangspunt hield ook in dat de noodzakelijke vervroeging kan worden bewerkstelligd door de mogelijkheid van een gang naar de rechter te vervroegen en de efficiëntie waarmee hij kan optreden te versterken. Dat lijkt door de scheidingsmelding, op voorgaande wijze begrepen, te worden bevorderd. Het wordt in hoofdstuk 3 nog verder uitgewerkt.

3.6 ‘Vervroeging’ volgens Titel 3.7 BW

Hierboven werd al opgemerkt dat opzegging van de overeenkomst van vennootschap conform de hoofdregel van artikel 7A:1683 sub 3 BW een einde maakt aan de relatie die om de bijzondere hierboven geschetste redenen werd aangegaan. De doelgebondenheid komt door de opzegging, in die zin begrepen, te vervallen en de strevingsgemeenschap wordt verdelingsgemeenschap.

In het perspectief van de waarschuwing van Smits te onderscheiden naar goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke elementen⁸⁷⁸ – en het over goederenrechtelijke aspecten nog niet is gegaan – geldt ook hier dat het fenomeen van de opzegging dubbelzinnig is – het vijfde opzicht waarin dat geldt. Immers door de schakelbepaling van artikel 3:189 lid 2 BW wordt als gevolg van de opzegging de maatschap, als benoemde gemeenschap beheerst door de artikelen 7A:1655

⁸⁷⁷ Ook Strijbos 1985, p. 32.

⁸⁷⁸ Smits 1969, p. 1, Pitlo & Cahen 1988, p. 69 e.v.

e.v. BW, omgezet in een die als hoofdregel geregeerd wordt door de goederenrechtelijke regeling van de onbenoemde gemeenschap van artikel 3:166 BW e.v. (Titel 3.7, afdeling 1),⁸⁷⁹ althans voor zover daarvan in Afdeling 2 niet wordt afgeweken.

Streving wordt alsdan, zoals opgemerkt, verdeling, maar dat doet – en dat is een vergissing die in de praktijk nog al eens wordt gemaakt – niet af aan de uitgangspunten – met name aan het inleveren van partijautonomie op het punt van gebondenheid te handelen in overeenstemming met de goede trouw – waarmee de samenwerking ooit werd aangegaan. Alleen het uitgangspunt dat in persoonsgebonden samenwerking de doelstelling ervan wordt gerealiseerd, vervalt: de eis van de goede trouw niet.

De onbenoemde gemeenschap in de zin van de artikel 3:166 BW e.v. kent als goederenrechtelijk fenomeen niet een algemene opzeggingsmogelijkheid, wat een verbintenisrechtelijk fenomeen is, hoezeer ook wel degelijk verbintenisrechtelijke aspecten in afdeling 1 ‘over de goederenrechtelijke relatie heen’ een rol spelen. Zoals – en dus gelet op het voorgaande belangrijk – volgens artikel 3:166 lid 3 BW dat de normen van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW van overeenkomstige toepassing verklaart op de rechtsverhouding tussen de deelgenoten. Zoals volgens artikel 3:170 BW dat een regeling geeft met betrekking tot handelingen tot gewoon onderhoud of tot behoud van een gemeenschappelijk goed en in het algemeen handelingen die geen uitstel kunnen lijden (die door ieder der deelgenoten zelfstandig kunnen worden verricht) en alle overige handelingen die voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn, waaronder het instellen van rechtsvorderingen,⁸⁸⁰ alsook het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties (die de deelgenoten tezamen dienen te verrichten).

Vergelijkbaar geldt ook in het kader van de regeling van artikel 3:175 BW. Die regeling bepaalt dat de deelgenoten vrij zijn over het aandeel in de gemeenschap te beschikken tenzij uit de rechtsverhouding anders voortvloeit. Naar aanleiding daarvan merken Pitlo & Cahen – bron van deze uitdrukking – zo fraai op dat deze hoofdregel overwoekerd wordt door de uitzonderingen:⁸⁸¹ meestal zal het zo zijn dat de persoonlijke hoedanigheden en kwaliteiten van de andere deelgenoot doorslaggevend zijn om de goederengemeenschap überhaupt aan te gaan. Een regeling die zonder meer voor samenwerking in een maatschap gelding heeft en daar in combinatie met de doelgebondenheid leidt tot de beschreven bijzondere goederenrechtelijke consequenties.

⁸⁷⁹ HR 8 september 2000, NJ 2000, 604 (*V.O.F. Cento Nederland B.V. i.o./Cento B.V. en Van Delzen*).

⁸⁸⁰ HR 8 september 2000, NJ 2000, 604 (*V.O.F. Cento Nederland B.V. i.o./Cento B.V. en Van Delzen*).

⁸⁸¹ Pitlo & Cahen 1988, p. 69 e.v.

Belangrijk in dit verband is te zien dat een goederenrechtelijke gemeenschap op zichzelf ‘niks’ is. Het is nodig haar te definiëren en wettelijk te regelen vanwege de persoonsverhouding op de achtergrond. Het is de persoonsverhouding – eigenlijk de besloten ledenverhouding – die de regeling nodig maakt. Het is het acteren met elkaar en jegens derden dat rechtsgevolg constitueert. Het goed ‘doet’ niks. Alleen al hierom is het opmerkelijk dat de informele vereniging die buiten het persoonsverband weinig om het lijf heeft volgens Boek 2 BW over rechtspersoonlijkheid beschikt, dus zonder dat de leden naar ‘buiten acteren’. Terwijl personen die met ‘hun’ gemeenschappelijk goed ‘naar buiten’ acteren diezelfde formele rechtspersoonlijkheid ontberen.

De onbenoemde gemeenschap stelt juridisch gezien ook veel meer voor dan een informele vereniging. Hierop komt hoofdstuk 3, paragraaf 1.3.7 terug. Ook het navolgende is daarvan bevestiging.

De regeling van de onbenoemde gemeenschap kent geïnstigeerd door haar goederenrechtelijke karakter wel de met het rechtsgevolg van opzegging als verbintenissenrechtelijk fenomeen vergelijkbare verdelingsmogelijkheid van artikel 3:178 BW. Volgens deze bepaling kan ieder der deelgenoten op grond van artikel 3:178 lid 1 BW verdeling vorderen, tenzij uit de aard van de gemeenschap of uit het bepaalde in de er op volgende artikelleden anders voortvloeit. Verdeling is dan volgens artikel 3:182 BW iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten meewerken en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen der gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen. Daarbij gaat het om de mogelijkheid van het te gelde maken van het goed door verdeling in de interne relatie. Verkoop aan gegadigde derden door de deelgenoten gezamenlijk op vrijwillige basis is ook mogelijk maar kwalificeert strikt genomen en ook niet volgens artikel 3:182 BW als verdeling. Verdeling en verkoop aan derden kunnen ex artikel 3:185 BW op instigatie van de rechter wel gedwongen plaatsvinden en die verkoop kwalificeert volgens artikel 3:185 lid 2 dan wel als verdeling.⁸⁸²

Uit artikel 3:178 lid 2 en lid 3 volgt dat in het kader van de verdeling een ‘verbintenissenrechtelijke’ toets kan plaats vinden. Lid 2 bepaalt dat op vordering van een deelgenoot de rechter kan bepalen dat alle of sommige opeisbare schulden die voor rekening van de gemeenschap komen, moeten worden voldaan alvorens tot de verdeling wordt overgegaan. Lid 3 bepaalt dat indien de door een onmiddellijke verdeling betrokken belangen van een of meer deelgenoten aanmerkelijk groter zijn dan de belangen die door de verdeling worden gediend, de rechter op verlangen van een deelgenoot de vordering tot verdeling, telkens voor ten hoogste drie jaren uitsluiten.

⁸⁸² Van Schaick 1998, p. 214.

Artikel 3:185 lid 3 bepaalt tot slot dat indien nodig de rechter kan bepalen dat degene die overbedeeld wordt, de overwaarde geheel of in termijnen mag voldoen. Hij kan daaraan de voorwaarde verbinden dat zekerheid tot een door hem bepaald bedrag en van een door hem bepaalde soort wordt gesteld.

Bijzonder is dat het in dit verband voor de inhoudelijkheid van de afwegingen niet uitmaakt als de onbenoemde gemeenschap als rechtspersoon zou kwalificeren.

Artikel 676 Rv bepaalt dat geschillen in verband met een verzegeling, ontzegeling of boedelbeschrijving in kort geding worden gebracht voor de voorzieningenrechter van de rechtbank in welk rechtsgebied de boedel zich geheel of grotendeels bevindt. Het vonnis waarbij een vordering tot verdeling van een gemeenschap wordt toegewezen zonder dat de rechter de vaststelling van de verdeling aan zich houdt, zal inhouden een bevel tot verdeling ten overstaan van een notaris, alsmede, zo partijen het over de keuze niet eens zijn, de benoeming van deze notaris. De rechter die een notaris benoemt, kan de zaak wat betreft hetgeen overigens ter zake van de verdeling is gevorderd, aanhouden tot is gebleken of de notaris partijen kan verenigen. Op verlangen van elk der partijen kan het vonnis tevens de benoeming inhouden van een onzijdig persoon als bedoeld in artikel 3:181 BW.

Deze bepalingen zijn door de betekenis van artikel 3:189 lid 2 BW dus ook van toepassing op de ontbonden maatschap en vennootschap onder firma. De aangehaalde bepalingen zijn zowel voorbeelden van de in de inleiding, paragraaf 2 aangehaalde belangenafweging, als voorbeelden van wettelijke uitwerking van de in hoofdstuk 1, paragraaf 4.2 bedoelde ‘vervroeging’ – maar dan op het vlak van de ontbonden personenvennootschap. Gedoeld wordt op de materiële belangenafweging van artikel 3:178 lid 3 BW, terwijl vervroeging daadwerkelijk wordt bewerkstelligd doordat ieder der deelgenoten *te allen tijde* verdeling kan vorderen en de rechter de verdeling en de wijze van verdeling kan beoordelen. Daarin worden ook eventuele vorderingen van de deelgenoten onderling meegenomen.⁸⁸³

Artikel 3:178 lid 3 BW refereert hierbij aan de getroffen belangen van een of meer deelgenoten en aan de belangen die door de verdeling worden gediend. Expliciet wordt niet gerefereerd aan de aan de zijde van de door de maatschap of vennootschap onder firma gedreven onderneming.

Duidelijk is dat in de respectieve regelingen aandacht bestaat voor belangenafweging. Aan de strekking en inhoud van de regelingen wordt hier niets afge-

⁸⁸³ HR 8 september 2000, NJ 2000, 604 (*V.O.F. Cento Nederland B.V. i.o./Cento B.V. en Van Delzen*).

daan. Tegelijk bestaat de bij schrijver dezes in de praktijk gegroeide overtuiging dat de preventieve werking van die regelingen voor de opstelling van betrokkenen rond de opzegging en beëindiging van personenvennootschappen nihil is en dat hetzelfde geldt indien het gaat om een efficiënte benadering van conflicten. De betrokken rechters zijn niet gespecialiseerd en het ‘tafellaken/servet-probleem’ speelt bijzonder. Het werkt voor een advocaat niet een cliënt in een ontworpen personenvennootschap er op te moeten wijzen dat een procedure anderhalf tot twee jaar kan duren terwijl de mogelijkheden van het kort geding beperkt zijn. Daarin is overigens een deel de functie van de preventieve werking van het enquête-recht gelegen, een in de praktijk niet te onderschatten functie.⁸⁸⁴

Behoeft bestaat, zowel vanuit de praktijk als vanuit dogmatische uitgangspunten zoals verwoord in hoofdstuk 1, paragraaf 4, aan een extra waarborg, aan een rem op opportunistisch handelen gelegen de mogelijkheid van een gang naar een gespecialiseerde rechter. Dat sluit aan op de idee dat gezond functioneren van de vennootschap als zelfstandig belang niet is voorbehouden aan rechtspersonen en voorts dat dat gezond functioneren met veel meer te maken heeft dan met alleen de contractuele relatie tussen compagnons, maar alles ook met de positie van derden als werknemers, schuldeisers, klanten, etc.

Dit wordt hierna verder uitgewerkt.

3.7 Opzegging en positieve nakoming – ‘optimum’

Bijzonder in een besloten ledenverhouding waarin sprake is van beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking op voet van gelijkheid is dat het belang bij positieve nakoming enerzijds – zoals bij ieder contract – voortvloeit uit het contract of de consensuele relatie zelf en anderzijds – het voorgaande versterkend – uit de goede trouw die die samenwerking in versterkte mate beheerst. Beter nog, anders geformuleerd: de idee van goede trouw vloeit voort uit, c.q. wordt geconstitueerd door het belang van de ander bij positieve nakoming van het maatschapscontract. Daarnaast heeft de vennootschap daarbij belang, zowel als degenen die van haar gezond functioneren afhankelijk zijn.

Zoals evenwel al geconstateerd bestaat minder behoefte aan correctie door de normen van redelijkheid en billijkheid gedurende het bestaan van de samenwerking, maar des te meer als deze deraillet. Dat betekent ook dat de idee van ‘contractsvrijheid’ als het gaat om samenwerking een schijnvrijheid is, want bij derailen blijft van die veronderstelde vrijheid weinig over.

⁸⁸⁴ Over de preventieve functie kritisch Croiset van Uchelen 2010, p. 217 die de parallel trekt met HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (*Van Aalten/VU*), waar voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW aan eisers juist werd ontzegd.

Bij de idee van positieve nakoming binnen een besloten samenwerking ook na de opzegging ervan kan het in het kader van de afwikkeling gaan om simpele prestaties, maar ook om verbintenissen, tussen meerdere betrokken partijen, waaronder de vennootschap, waarvan de hiërarchie lastiger is vast te stellen. Voor de bepaling van die hiërarchie en wat daarbij het optimum is leent zich de toepassing van het evenredigheidsbeginsel (waarnaar in de inleiding, paragraaf 8 al werd verwezen) bijzonder.⁸⁸⁵

Goede trouw heeft een tweeledige betekenis, waarbij met name de tweede – die bij ontwrichting – nodig is om latent – steeds weer blijkend – opportunisme, in welke graad van ernst dan ook, in toom te houden en te komen tot ‘de beste’ oplossing als uitkomst van objectieve evenredige belangenafweging⁸⁸⁶ – opnieuw: als daarvoor ruimte bestaat. Met nadruk zij herhaald ‘als daarvoor ruimte bestaat’, omdat het steeds maar de vraag is in hoeverre dwingende wettelijke of statutaire bepalingen, dan wel het contract door daaruit voortvloeiende verbintenissen tussen partijen, aan deze benadering en afweging in de weg staan.

Het gaat dan om de mogelijkheid van correctie op dat gedrag op basis van de redelijkheid en billijkheid richting één of beide partijen, als althans daarvoor in de contractuele setting materieel en formeel (i.e. procesrechtelijke) ruimte is. Staat het ontbreken van wilsovereenstemming eenmaal vast, dan ligt de betekenis van artikel 2:8, 6:2 of 6:248 BW – opnieuw: als daarvoor ruimte bestaat – bij gebleken opportunisme uit zijn aard vooral in meer objectieve belangenafweging,⁸⁸⁷ zowel in de onderlinge verhouding tussen partijen als in die tot bij de onderneming betrokken derden.

Door de bijzondere, beschreven betekenis van de goede trouw leent zich de toepassing van het evenredigheidsbeginsel vooral in de fase van ‘afwikkeling’, ter zake van al hetgeen waartoe de samenwerking zowel in verbintenis- als in goederenrechtelijk perspectief, binnen een bepaald optimum, verplicht. Met de term optimum wordt hier tot uitdrukking gebracht dat waar – zoals al opgemerkt – samenwerking zich nu eenmaal niet leent voor uitwerking en vastlegging op dagelijkse basis dit te meer geldt voor de fase van afwikkeling.

Denken in termen van een optimum (een zekere bandbreedte) staat daardoor zowel tijdens de streving als tijdens de afwikkeling (verdeling of anderszins, kort- of langdurig) gelijk aan een denken in termen van afweging van belangen, het voorkomen van belangenvermenging en van het in acht nemen van transparantie daarover. Het gaat dan om de belangen van de vennootschap en de ermee verbonden onderneming, die van de vennoten, die van betrokken derden, als

⁸⁸⁵ Van Ginneken & Timmerman 2011, p. 602 en 603.

⁸⁸⁶ Vgl. Van Ginneken & Timmerman 2011.

⁸⁸⁷ Vgl. Van Ginneken & Timmerman 2011.

banken, werknemers en andere schuldeisers,⁸⁸⁸ en die van de andere in de samenwerking betrokkenen, althans indien en zover de wet en het contract daartoe ruimte laten en geen bijzondere regels stellen.⁸⁸⁹

In wezen is dit geen andere benadering dan die zou gelden bij een Boek 2 BW-rechtspersoon.

Denken in termen van belangenafweging en het voorkomen van belangenvermenging ligt hierbij volstrekt voor de hand gelet op de centrale betekenis binnen het ondernemingsrecht van het denken in het belang van de vennootschap en de ermee verbonden onderneming⁸⁹⁰ en de uitgebreide jurisprudentie van de Ondernemingskamer op het vlak van belangenvermenging. Los daarvan is het een belangrijke uit de wet voortvloeiende richtlijn. Waar Van Ginneken en Timmerman suggesties doen voor toepassing van het evenredigheidsbeginsel (proportionaliteit, noodzakelijkheid of subsidiariteit en evenredigheid) in het ondernemingsrecht,⁸⁹¹ bestaat geen enkele reden waarom dat beginsel tot Boek 2 BW-rechtspersonen beperkt zou dienen te zijn. Daarvoor is het een te centraal en te belangrijk thema.⁸⁹² Boek 3 Titel 7 BW laat dat ook zien.

Veel interessanter – en lastiger te beantwoorden, althans in abstracto – is de vraag naar de hiërarchie in de betrokken belangen. Veel interessanter is ook de vraag of de idee van het optimum niet ook iets zegt over de relativiteit van de binnen dat optimum geldende zorgvuldigheidsnormen. En daarmee dus over verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid.

Het gebruik van de term optimum als context voor de idee van de gehoudenheid tot positieve nakoming tijdens de fase van afwikkeling houdt ook in dat partijen de schade van intern en extern betrokkenen zoveel als mogelijk dienen te beper-

⁸⁸⁸ OK 7 november 2008, ARO 2008, 170 (*Principal*).

⁸⁸⁹ Vgl. voor denken in termen van belangenafweging in een ander wettelijk kader en perspectief maar qua vergelijking niet minder vruchtbaar: Rb. 's-Hertogenbosch 11 maart 1983, NJ 1984, 394 (*Kuiken Brabant*), Hof Amsterdam (OK) 13 juli 1983, NJ 1984, 570, 571 (*Hyster*), Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (*Amstelland*), en extern: HR 09 mei 1986, NJ 1986, 792 (*Keulen/BLG*) en HR 08 november 1991, NJ 1992, 174 (*Nimox/Van den End qq.*). Timmerman 2009, p. 13.

⁸⁹⁰ Van Ginneken & Timmerman, 2011. Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 11 maart 1983, NJ 1984, 394 (*Kuiken Brabant*), Hof Amsterdam (OK) 13 juli 1983, NJ 1984, 570, 571 (*Hyster*), Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (*Amstelland*), OK 19 oktober 2001, JOR 2002, 5 (*SkyGate*), OK 15 november 2001, JOR 2002, 6 (*Decidewise*), OK 29 november 2002, JOR 2003, 8 (*Alcas*), OK 11 april 2007, ARO 2007, 70, JOR 2007, 180 (*Prins Holding*) en HR 25 februari 2011, NJ 2011, 335, concl. A-G Timmerman, nt. Van Schilfgaarde (*Inter Access Groep*). Vgl. in het bijzonder conclusie A-G Timmerman onder 3.23.

⁸⁹¹ Van Ginneken & Timmerman 2011, p. 602 en 603. Vgl. Eggens 1950 p. 249.

⁸⁹² Timmerman 2009, p. 13.

ken. Ook dan gaat het om ‘actieve reflectie’, reflectie waarop betrokkenen aanspreekbaar zijn.

Intern kan dat betekenen kosten te delen conform het tijdens de ‘strevings’ al geldende uitgangspunt ‘het daaruit ontstane voordeel te delen’ – zie artikel 7A:1655 BW – wat immers tijdens de streving ook al kon bestaan uit enkel beperking van kosten. Dit uitgangspunt van het delen van het voordeel dat de streving nog kenmerkte, kan door het enkele feit van de ontbinding niet geacht worden te zijn vervallen.⁸⁹³

Precies dan is de betekenis van de norm van de goede trouw evident. Sprake is aldus van een combinatie van positieve nakoming en van belangenafweging binnen een bandbreedte – het ‘optimum’ – die staat voor voorkoming en beperking van schade vanuit alle betrokken perspectieven, althans indien en voor zover daarvoor wettelijk, statutair en contractueel beschouwd ruimte bestaat. De business-judgment rule’ is onverkort van toepassing. Daarop sluit ook de idee aan van soms wenselijk herstel van onderhandelingsruimte tussen partijen waarvan arbiter, mediator en rechter zich bewust moeten zijn, en waarvoor in de praktijk vanwege het bestaande wantrouwen en opportunistisch handelen vaak maar een kortdurend momentum aanwezig blijkt te zijn.

Ook dan gaat het om conflictbeheersing.

Sprake is voorts van een zekere dynamiek doordat denken in termen van belangenafweging en evenredigheid⁸⁹⁴ – voor zover daarvoor door wet, statuten en contract ruimte wordt gelaten – uit de aard der zaak een dynamisch proces is, want afhankelijk van de aard van de onderneming en de branche waarin zij actief is. Maar van dynamiek is ook sprake doordat dezelfde onderneming in verschillende levensfasen kan verkeren. Ontbinding van een bedrijf in moeilijkheden wordt normatief gekleurd door de bijzondere belangen van schuldeisers die betrokken zijn en het tegelijk meer op de achtergrond treden van de compagnon/aandeelhouder als verschaffer van risicodragend vermogen.⁸⁹⁵ De vennoten mogen hierdoor bij ontbinding van de vennootschap al dan niet als gevolg van

⁸⁹³ Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 1958, NJ 1958, 624 (*Winters/Winters*): ‘dat na beëindiging van de vennootschap ingevolge de opzegging van geïntimeerde het vermogen van de vennootschap gemeenschappelijk vermogen van pp. bleef en pp. op grond van de goede trouw tegenover elkander gehouden waren dit vermogen zo goed mogelijk te beheren en mitsdien – waar dit vermogen bestond uit een handelsonderneming – de onderneming voort te zetten; O. dat derhalve geïntimeerde gehouden was, na de beëindiging van de vennootschap zijn medewerking te verlenen aan de voortzetting der onderneming en de omstandigheid dat hij zich overeenkomstig die verplichting heeft gedragen, uiteraard niet onverenigbaar is met zijn wil om de vennootschap te beëindigen;’.

⁸⁹⁴ Vgl. Van Ginneken & Timmerman 2011.

⁸⁹⁵ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 465/466 (*Ogem*).

opzegging en bij het verlenen van medewerking daaraan ten aanzien van een bedrijf in moeilijkheden worden verondersteld in versterkte mate rekening te houden met de belangen van schuldeisers, op dezelfde wijze als ook bij andere besluiten het geval is.⁸⁹⁶

Kortom: ‘gezond functioneren’ van de vennootschap is ook bij personenvennootschappen een item, net zoals preventieve werking en ‘actieve reflectie’ dat zijn.

De gehoudenheid om schade uit onrechtmatige daad of wanprestatie ‘ex post’ te vergoeden is alsdan het sluitstuk op de verantwoordingsrelatie tussen betrokkenen die ooit met de aanvang van de samenwerking werd begonnen. Wordt de nadruk gelegd op positieve nakoming dan is ook het enquêterecht een instrument om dat te bewerkstelligen.⁸⁹⁷

3.8 Relativiteit

Ook na het bovenomschreven ‘kantelmoment’ speelt het fenomeen van ‘de relativiteit van de geschonden norm’.⁸⁹⁸ Om in voorkomende gevallen voor schadevergoeding in aanmerking te komen moet de geschonden norm strekken tot bescherming van het belang dat de norm beoogt te beschermen.⁸⁹⁹ Dat geldt ook bij vorderingen tot positieve nakoming. Het belang dat een norm wordt nageleefd, zal in rechte alleen erkend kunnen worden als de norm zich tot de bescherming van dat belang uitstrekt, ook als het gaat om een contractuele norm, ook als het gaat om de redelijkheid en billijkheid. Wanneer daarvan sprake is, zal met name bij open normen en begrippen minder gemakkelijk vast te stellen zijn, maar wordt duidelijker als wetenschap bestaat binnen welke context die normen spelen.

Bijvoorbeeld: de wet bepaalt in artikel 7A:1683 sub 3 BW dat opzegging van de maatschap leidt tot ontbinding. Gesteld dat de maatschap uit meerdere personen bestaat, dan zou lichtvaardige opzegging of opzegging zonder voldoende belang

⁸⁹⁶ HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (*Nimox/Van den End qq.*), HR 12 juli 2002, JOR 2002, 160 (*Ensing/IDM*) en HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 (*Oosterhof*).

⁸⁹⁷ Vgl. Kroeze 2007/1, p. 88 e.v. en Verbrugh & Timmerman 2009, p. 148 e.v. die ingaan op de voor- en nadelen van een gespecialiseerd college. Voordelen: efficiency en effectiviteit (betere uitkomsten en snellere resultaten), kwaliteit en voorspelbaarheid, tijd en aandacht, informele benadering, hoger percentage schikkingen. Nadelen: minder openstaan voor nieuwe ontwikkelingen en ideeën, mogelijk meer onder invloed van belangengroeperingen, verschillen in rechtsbedeling ten opzichte van situaties waarin geen gespecialiseerd college beschikbaar is.

⁸⁹⁸ HR 4 januari 1963, NJ 1964, 434, nt. Scholten (*Scholten's aardappelmeelfabrieken*).

⁸⁹⁹ Vgl. HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568 (*Beukers/Dorenbos*) (*Tandarts*), HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (*Poot/ABP*), HR 2 mei 1997, NJ 1998, 348 (*Kip/Rabo*), HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen Beheer*).

aan de maatschap door een van hen in het perspectief van de contractuele norm – te goede trouw bij te dragen aan de verwezenlijking van het overeengekomen doel – niet tot de consequentie van algehele ontbinding behoeven of moeten leiden.⁹⁰⁰ Daarin te persisteren is niet te goeder trouw. De wet laat die mogelijkheid van toetsing van de opzegging aan de goede trouw expliciet toe, zie artikel 7A:1686 BW.

De redenering kan ook een slag anders. Vast te houden aan algehele ontbinding op onredelijke grondslag leidt door toepassing van de norm van artikel 6:248 BW – te goede trouw te handelen, opgevat als geïntegreerd onderdeel van het contract, tot toerekenbare tekortkoming (schending van de contractuele norm) en dus tot wanprestatie en schadeplichtigheid. De norm – te goede trouw bij te dragen aan de verwezenlijking van het overeengekomen doel – strekt tot bescherming van het gezamenlijk belang van de overige deelgenoten dat dreigt geschonden te worden.

Zou het persoonsgebonden karakter van het contract de mogelijkheid van scheidingsmelding intrinsiek met zich brengen, dan vermag daardoor nog niet te worden ingezien dat de overige leden van de maatschap daarvan meer of andere nadelige consequenties hebben te accepteren dan conform de uitgangspunten van het contract en de goede trouw in redelijkheid van hen mag worden verwacht. Dat past ook in de idee van positieve nakoming en althans schadebeperking.⁹⁰¹

Opzegging leidt aldus – het is een bevestiging van de eerder geformuleerde gedachte – niet zonder meer tot ontbinding van het geheel. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat die opzegging alleen kan leiden tot partiële ontbinding en dat de nadruk daardoor meer komt te liggen op de condities waaronder dat geschiedt⁹⁰² en optimale belangenafweging binnen de idee van het gezamenlijk verbonden zijn. Zowel de lichtvaardige opzegging als de opzegging met de ongewenste algehele ontbinding kunnen na objectieve belangenafweging door de toets aan de redelijkheid en billijkheid, maar ook via de contractuele norm van de objectieve redelijkheid en billijkheid⁹⁰³ worden geredresseerd, althans qua de hier geschetste gevolgen. Schade voor het geheel en voor de overige deelgenoten wordt beperkt en de opzeggende partij zal er vrede mee moeten hebben – mits ook aan zijn belangen voldoende tegemoet wordt gekomen: belangenafweging dus.

⁹⁰⁰ Daargelaten dat in maatschapscontracten vanwege overname- en verblijvingsbedingen de opzegging juist niet tot algehele ontbinding zal leiden. Ook hier wordt de hoofdregel overwoekerd door de uitzonderingen.

⁹⁰¹ Vgl. Vegter 1991, p. 153.

⁹⁰² Pitlo & Cahen.

⁹⁰³ Vgl. Hof Den Haag 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (*Reynders/McKinney*), HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694 (*Lampe/Videoworks*), HR 17 december 1982, NJ 1983, 480 (*Bibolini*).

Goede scheidingsmelding dan wel goede reactie op scheidingsmedling dient om die belangen scherp te stellen, om normen te duiden en reflectie daarop af te dwingen.

Scheidingsmelding betreft het besloten karakter, en dient dus niet per se tot vereffening van de betrokken onderneming aanleiding te geven.⁹⁰⁴ De term ‘verdeling’ in verdelingsgemeenschap impliceert zulks niet en dat doet ook artikel 3:180 BW voor de onbenoemde gemeenschap niet. Dit betekent ook dat de idee van de ontbinding van de besloten verhouding als gevolg van opzegging vanuit het perspectief van de onderneming en vanuit de idee van belangenafweging niet per se een ‘ultimum remedium’ is.⁹⁰⁵

Dat is wel zo – vanuit het perspectief van de onderneming beschouwd – indien en voor zover vereffening als gevolg van de ontbinding ook vereffening van de onderneming inhoudt en die vereffening geen recht doet, terwijl daarvoor wel ruimte bestaat, aan de belangen van de bij die onderneming betrokken personen – werknemers, financiers, schuldeisers, andere relaties en mogelijk de betrokken zeggenschapshouders zelf (qua inkomen en/of vermogen) –, zulks niet alleen in de gedachte dat de onderneming als samenstel van actief mogelijk verhaalsobject is, maar juist ook omdat er positief en in rechte erkend belang bestaat dat de onderneming als zodanig in stand blijft.⁹⁰⁶

Dit past in de idee van ontbinding als ‘ultimum remedium’.

⁹⁰⁴ Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 1958, NJ 1958, 624 (*Winters/Winters*): ‘dat na beëindiging van de vennootschap ingevolge de opzegging van geïntimeerde het vermogen van de vennootschap gemeenschappelijk vermogen van pp. bleef en pp. op grond van de goede trouw tegenover elkander gehouden waren dit vermogen zo goed mogelijk te beheren en mitsdien – waar dit vermogen bestond uit een handelsonderneming – de onderneming voort te zetten; O. dat derhalve geïntimeerde gehouden was, na de beëindiging van de vennootschap zijn medewerking te verlenen aan de voortzetting der onderneming en de omstandigheid dat hij zich overeenkomstig die verplichting heeft gedragen, uiteraard niet onverenigbaar is met zijn wil om de vennootschap te beëindigen.’

⁹⁰⁵ MvT Invoering geschillenregeling, TK 1984-1985, 18 905, nrs. 1-3, p. 7, OK 20 januari 2012, ARO 2012, 16 (*Mulix*).

⁹⁰⁶ Ook Geerts, p. 313. Vgl. opnieuw Rb.'s-Hertogenbosch 11 maart 1983, NJ 1984, 394 (*Kuiken Brabant*), Hof Amsterdam (OK) 13 juli 1983, NJ 1984, 570, 571 (*Hyster*), Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (*Amstelland*), en extern: HR 09 mei 1986, NJ 1986, 792 (*Keulen/BLG*) en HR 08 november 1991, NJ 1992, 174 (*Nimox/Van den End qq.*). Vgl. Slagter 1967, p. 123 waar hij naar aanleiding van het ontwerp van een wettelijke geschillenregeling schrijft: ‘In artikel 15 (van het ontwerp) is bepaald dat de ondernemingskamer de ontbinding niet kan uitspreken indien zwaarwichtige belangen zich daartegen verzetten. Een soortgelijke bepaling is te vinden in artikel 54b, lid WvK (artikel 357 Boek 2 BW) ten aanzien van mogelijke ontbinding als voorziening na uit een enquête gebleken wanbeleid. Als zwaarwichtig belang kan bijv. gelden de continuïteit van de door de vennootschap gedreven onderneming en de hieraan verbonden werkgelegenheid.’

Dat is ook zo – vanuit de partners in de samenwerking beschouwd – aangezien hun ‘gezamenlijke betrokkenheid’ tot de onderneming en tot de anderen van aanvang af betekent dat zij reeds door het enkele feit van de beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking niet meer uitsluitend voor het eigen belang kunnen gaan en zij dus soms – min of meer gedwongen – akkoord moeten gaan met ontbinding en vervreemding en niet vereffening van de onderneming, of zelfs het enige tijd doorzetten daarvan. Geldt dat in extremis de onderneming, dan geldt het zeker mutatis mutandis een ‘*Inter Access Groep*’-situatie. Het laat alles bij elkaar zien dat ‘contract’ of ‘instituut’ voor de inhoud van de redenering en de afwegingen niet uitmaakt.

Belangrijk is dus te onderscheiden naar de besloten ledenverhouding tussen de zeggenschapshouders (als de ‘quasi’ ondernemers) en mogelijke rechtsgevolgen in die relatie en de consequenties van geschillen in de besloten verhouding voor de onderneming en de manier waarop daarmee moet worden omgegaan anderszits. Dat is het belang dat door een ‘extra regeling’ over de regeling van artikel 677 Rv door een gang naar een gespecialiseerde rechter wordt gediend.

3.9 *Tussenconclusie*

Als de voorgaande redeneringen op het punt van de betekenis van de scheidingsmelding stand houden en de opmerkingen over de klare werking betekenis, dan zou aan de gewone rechter (dus niet in kort geding wegens de daarmee verbonden beperkingen) ook in spoedeisende gevallen een voorziening moeten kunnen worden gevraagd die aansluit op de vraag onder welke condities de besloten ledenverhouding kan worden beëindigd.⁹⁰⁷ Dat mag dan alleen niet te lang duren. Dat het besloten karakter door opzegging kan worden beëindigd lijkt wel vast te staan. Daar bestaat, ook in het perspectief van de vennootschap en de verbonden onderneming, rechtens voldoende belang bij. Dat lijkt ook niet anders in een contractuele of rechtspersonenrechtelijke rechtsverhouding.

De ‘tafellaken/servet-problematiek’ is daarin gelegen dat de terzake de artikelen 3:189 e.v. BW bevoegde rechter – die in principe goederenrechtelijke problematiek behandelt – voor ontbonden personenvennootschappen de rol van de Ondernemingskamer zou moeten overnemen en – als van ontbinding geen sprake is – zou de gewone rechter dat moeten doen. Dat lijkt gelet op de beperkte mogelijkheden voor de kort geding rechter en de duur van de procedure voor de gewone rechter niet de weg. Het verdraagt zich ook niet met het derde en vierde uitgangspunt. Zou de gang naar de gewone burgerlijke rechter voor personenvennootschappen gehandaafd blijven dan ligt de volle nadruk bij geschillen procedureel beschouwd op kwaliteit van de de comparitie in elke stand van het geding – als regiezitting dus liefst zo vroeg mogelijk –, op het bemiddelend vermogen

⁹⁰⁷ Visscher 2011, p. 149-150.

van de betrokken rechter, op de mogelijkheid om in een gewone procedure onmiddellijke voorzieningen te kunnen laten treffen en op de mogelijkheid en bereidheid zittingen aan te houden (als ‘repeteercomparitie’ of -zitting).

Wil die benadering qua preventieve werking succes hebben en de mogelijkheden voor het minnelijk regelen van geschillen vergroten dan zijn naast behoud van procesrechtelijke waarborgen van belang: snelheid (die niet ten koste mag gaan van zorgvuldigheid), vaardigheid van de rechter op het gebied van mediatie technieken, kennis van de dogmatiek en praktijkervaring van de rechter.

Resteert in te gaan de op betekenis van het fenomeen van de rechtspersoonlijkheid als van betekenis voor de doorwerking van zowel open normen, belangen en acties, als van de scheidingsmelding.

4. Betekenis rechtspersoonlijkheid

De onderzoeksvraag vloeit ook voort uit het feit dat het fenomeen van de rechtspersoonlijkheid, dat bij de indeling tussen Boek 2 BW-rechtspersonen en buiten Boek 2 BW bestaande vennootschappen en rechtspersonen zo’n belangrijke rol speelt, op een bepaalde manier aan consequent denken in termen van acties in de weg kan staan.⁹⁰⁸ Of anders verwoord, als gelijke gevallen in het recht gelijk behandeld dienen te worden, en acties dus dezelfde zouden dienen te zijn omwille van het feit dat de betrokken belangen identiek zijn, kan het niet zo zijn dat het fenomeen van de rechtspersoonlijkheid daaraan op niet uit te leggen wijze in de weg staat, althans als dat het uitgangspunt van gelijke behandeling in gelijke gevallen niet formeel of materieel gerechtvaardigd wordt.⁹⁰⁹

Onderscheiden dient te worden naar enerzijds in Boek 2 BW en buiten Boek 2 BW (EESV, ENV en ECV) geregelde rechtspersonen waaraan de wetgever, bijvoorbeeld in artikel 2:3 BW of krachtens uitvoeringswet, die rechtspersoonlijkheid expliciet toekent en anderzijds de rechtsvormen waaraan de wetgever die expliciete rechtspersoonlijkheid vooralsnog niet toekent maar die wel zodanig sterk daarop gelijkende eigenschappen bezitten dat zij niet alleen rechtspersoon kunnen, maar ook moeten worden geacht. Wat dit inhoudelijk voor het onderwerp van dit boek betekent zal hierna in hoofdstuk 3 worden onderzocht. Daarop vooruitlopend kan hier alvast het volgende worden opgemerkt.⁹¹⁰

Rechtspersoonlijkheid van Boek 2 BW-rechtspersonen is een fictie. De rechtspersoon bestaat – zo geldt in aansluiting op hoofdstuk 1, paragraaf 1.3 en 1.4 –

⁹⁰⁸ Raaijmakers 2009/1, Willems 2012.

⁹⁰⁹ Vgl. HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 (*Oosterhof*) en HR 12 juli 2002, JOR 2002, 160 (*Ensing/IDM*).

⁹¹⁰ In aansluiting op mijn eerdere artikel in TvOB, Prinsen 2008.

bij de gratie van het feit dat haar rechten en plichten kunnen, mogen en moeten worden toegerekend.⁹¹¹ Artikel 2:3 BW geeft daar voor Boek 2 BW-rechtspersonen een expliciete grondslag voor. Volgens artikel 2:5 BW staan Boek 2 BW-rechtspersonen wat het vermogensrecht betreft gelijk aan een natuurlijke persoon. Het gaat bij dit gelijk staan allereerst om juridische techniek:⁹¹² eigenaar zijn, partij kunnen zijn bij een levering, door een vennoot of door een derde, of bij andere rechtshandelingen.

Toch gaat het niet alleen maar om techniek – zoals Van der Grinten in 1957 ten aanzien van het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de V.O.F. betoogde.⁹¹³ Op basis van het derde uitgangspunt – gelijke gevallen gelijk te behandelen – geldt dat het bij toekenning van rechtspersoonlijkheid zowel als bij het begrijpen van de betekenis ervan ook gaat om de noodzaak gelijke gevallen gelijk te behandelen en om het daardoor verkrijgen van helder zicht op de interne samenhang binnen het ondernemingsrecht in meest brede zin.

En daarmee in dit boek op de samenhang tussen open norm, belang en actie en de betekenis van opzegging. En daarmee ook op de kameleontische verschijning van het lidmaatschap.⁹¹⁴

Eerst wordt in deze paragraaf ingegaan op de vraag of rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW nog een andere rol speelt dan de zuiver juridisch-technische, en zo ja, welke. In het vervolg van hoofdstuk 3 zal door variatie binnen een nog uiteen te zetten model worden getoond enerzijds dat er geen bezwaar is om de rechtspersoonlijkheid van openbare maatschap en V.O.F. (en van andere samenwerkingsvormen) te erkennen, anderzijds dat dat bevorderlijk is voor materiële vragen van uitleg bij geschillen in besloten verhoudingen, ook al lijkt het zelfstandig drager zijn van rechten en plichten alleen in extern opzicht betekenis te (kunnen) hebben.

Worden de de punten van overeenstemming tussen openbare personenvennootschap en Boek 2 BW-rechtspersoon nagelopen dan blijkt het volgende. Nakoming of schadevergoeding vorderen van een personenvennootschap – bijvoorbeeld een V.O.F. – ook als die geen rechtspersoonlijkheid *in de zin van artikel 2:5 BW* zou bezitten, is mogelijk. Het kunnen optreden door de vennoten in vennootschapsverband onder gemeenschappelijke naam is mogelijk. Artikel 7A:1682 BW bepaalt zelfs letterlijk dat:

⁹¹¹ Van der Grinten 1957, p. 39, Van Kempen 1999. Anders Zaman 2009, p. 86 linker kolom.

⁹¹² Van Schilfgaarde & Van Solinge 1974, p. 24.

⁹¹³ Van der Grinten 1957, p. 45.

⁹¹⁴ Raaijmakers 2009/2, p. 77-80.

‘indien een der vennoten in naam van der maatschap eene overeenkomst heeft aangegaan, de maatschap de uitvoering daarvan kan vorderen.’

De V.O.F. dagvaarden of als vennootschapsschuldeiser op haar goederen beslag leggen eveneens.⁹¹⁵ Het faillissement aanvragen van een V.O.F., met als gevolg het faillissement van de vennoten, is evenmin een punt.⁹¹⁶ Ook voor het al dan niet aansprakelijk zijn van bestuurders, vennoten, leden of aandeelhouders naast de vennootschap (of een vereniging) heeft rechtspersoonlijkheid in positiefrechtelijke zin (de strikte artikel 2:5 BW toepasselijkheid) niet principieel betekenis.⁹¹⁷

Met deze constatering kan niet worden volstaan, omdat deze alleen nog maar ‘externe’ aspecten betreffen van zaken die in de praktijk rondom de rechtspersoon spelen.

‘Intern’ dan? Bepalingen met betrekking tot het bijeenbrengen en bijeenhouden van een vermogen zijn denkbaar ook bij vennootschappen die niet over rechtspersoonlijkheid beschikken.⁹¹⁸ Door de invoering van de flex-regeling is duidelijk dat kapitaalbeschermingsrecht ook voor de B.V. helemaal geen ‘conditio sine qua non’ is. Jaarrekeningenrecht? Idem. Besluitvorming – unaniem, bij gewone of gekwalificeerde meerderheid, bij quorum vereisten – ook daar is rechtspersoonlijkheid irrelevant. Bij de mogelijkheid van bevoegdheidsverdeling over organen of vennoten: ook al niet.⁹¹⁹ Bij de regeling van de onderlinge verhoudingen tussen aandeelhouders of leden of vennoten? Ook niet, althans niet principieel: stem-, aandeelhoudersovereenkomsten en andere typen van overeenkomsten om daarmee de onderlinge rechtsverhouding in een rechtspersoon vorm en inhoud te geven zijn gelet op de regeling van het EESV principieel gewoon mogelijk.

Oprichtingseisen? Een vereniging hoeft niet bij notariële akte te worden opgericht om rechtspersoon te zijn. De informele vereniging is rechtspersoon in de zin van Boek 2 BW.

Ook de idee dat de meerderheid van de stemrechten de besluitvorming doorslaggevend zou dienen te bepalen heeft niet principieel met het fenomeen van de

⁹¹⁵ HR 18 december 1959, NJ 1960, 121 (*De Gouw/De Hamer*) en HR 5 november 1976, NJ 1977, 586 (*Moret, Gudde, Brinkman*).

⁹¹⁶ Zie de artikelen 2 lid 3 en 4 lid 3 Fw.

⁹¹⁷ Eggens 1936, p. 399. Vergelijk bijvoorbeeld het E.E.S.V. de coöperatie W.A., U.A. of B.A. en de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid.

⁹¹⁸ Die regels zouden immers ook tussen de vennoten zelf kunnen worden overeengekomen.

⁹¹⁹ Immers ook bij een personenvennootschap is het goed mogelijk om op contractuele basis een bevoegdheidsverdeling tussen de vennotenverzameling en een door de vennotenverzameling gekozen bestuur overeen te komen.

rechtspersoon van doen. Dat zelfde geldt voor de idee van opzegging en ontbinding van de rechtspersoon. Zo stond rechtspersoonlijkheid bij de ontwerp openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid niet principieel in de weg aan de opzegging van de relatie die tot haar bestaan aanleiding heeft gegeven en dus ook niet aan het dientengevolge intredende rechtsgevolg van de ontbinding van de rechtspersoon.

Ook het opnemen van verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard in de statuten en toepassing van het *Haviltex*-criterium bij vragen van uitleg wordt door de idee rechtspersoonlijkheid niet principieel belemmerd, zoals al geconstateerd in hoofdstuk 1, paragraaf 1.4.⁹²⁰

Ook de opvolgende vraag of rechtspersoonlijkheid wellicht enige normatieve betekenis heeft, moet ontkennend worden beantwoord.⁹²¹ Het zijn de regels geldend voor de verschillende rechtsvormen zelf die voor iedere rechtsvorm afzonderlijk bepalen welke normatieve lading de betreffende rechtspersoon in de verhouding tussen de bij haar organisatie betrokkenen mee krijgt. En daaroverheen liggen de bepalingen van artikel 2:8 en 2:9 BW – voor alle Boek 2- rechtspersonen gelijk luidend, maar vanuit het perspectief van de rechtspersoon niet per se noodzakelijk (denk aan de eenpersoonsrechtspersoon) en vergelijkbaar toepasbaar en toepasselijk bij niet-rechtspersonen (zie ook artikel 7:809 lid 3 Ow 7.13 BW).

Rechtspersoonlijkheid heeft ook geen rechtsgvolgen anders dan die als bedoeld in artikel 2:5 BW.

De vraag of rechtspersoonlijkheid met uitzondering van de zuivere juridisch-technische dan helemaal geen rol speelt, kan ondanks het voorgaande toch niet bevestigend worden beantwoord. In Boek 2 BW is het antwoord niet letterlijk te vinden (en ook niet in Ontwerp Titel 7.13). Daar staan afgezien van artikel 5 geen definities of verwijzingen. Het antwoord is dan ook meer impliciet en is te vinden in *drie* richtingen.

Ten eerste is ter zake de juridisch-technische betekenis belangrijk dat in het arrest inzake *Kersten/Mantel*⁹²² de Hoge Raad overweegt:

‘dat toch een vennootschap onder firma niet is een afzonderlijke rechtspersoon, doch is de benaming van hare gezamenlijke leden in hun vennootschappelijk verband, welke leden de dragers van de rechten en verplichtingen der handelsvennootschap zijn; dat mitsdien degen, die in dienst heet

⁹²⁰ V.zr. Rb. Arnhem 10 juli 2009, JOR 2009, 313 (*Delta /Essent*).

⁹²¹ Van Schilfgaarde & Van Solinge 1974, p. 14-20. Anders Löwensteyn 1986, p. 17 e.v.

⁹²² HR 8 april 1937, NJ 1937, 640.

te zijn van een vennootschap onder firma, in werkelijkheid in dienst is van ieder der vennoten.'

Naar aanleiding van deze rechtsregel rijst de vraag of dit aan het derde uitgangspunt van dit boek dat in besloten verhoudingen, of nu sprake is van een contractuele of van een rechtspersonenrechtelijke context, gelijke gevallen op gelijke wijze behandeld zouden dienen te worden, in de weg staat. Hierop wordt in hoofdstuk 3 in paragraaf 2.1 teruggekomen.

Wat betreft de tweede richting geldt dat rechtspersoonlijkheid op zichzelf – zoals hierboven al opgemerkt – transparant is wat betreft de normen die gelden tussen de bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken personen. Rechtspersoonlijkheid staat niet principieel in de weg aan rechtstreekse acties tussen die personen. Dat blijkt reeds uit de regeling van het EESV (contract en rechtspersoon), en gold ook voor de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid volgens Ontwerp Titel 7.13 BW (eveneens contract en rechtspersoon): rechtspersoonlijkheid staat bijvoorbeeld niet principieel in de weg aan acties op contactuele grondslag tussen de vennoten onderling.

Het voorgaande geldt ook voor de bij de organisatie van een B.V. betrokken personen. Een aantal vragen, zo vloeit voort uit artikel 2:5 BW en jurisprudentie,⁹²³ dient bij conflicten in en om een B.V. wel te worden beantwoord. Zo kan een door een 50%- of minderheidsaandeelhouder gewenste actie tegen een individuele (ex)bestuurder afstuiten op het feit dat zo'n actie aan de rechtspersoon is voorbehouden en dat daarvoor een meerderheidsbesluit in de aandeelhoudersvergadering vereist is. Maar dat behoeft niet steeds aan een rechtstreekse actie in de weg te staan – zoals hierboven al geconstateerd –, met name als een rechtstreekse norm geschonden is.

Rechtspersoonlijkheid is dan, dus qua doorwerking van normen 'door de rechtspersoon heen', ook in die gevallen transparant⁹²⁴ en het kan dan dus wel degelijk zo zijn dat door die bestuurder rechtstreeks jegens de 50%- of minderheidsaandeelhouder onrechtmatig gehandeld wordt. Of en in hoeverre alsdan door die aandeelhouder ook 'rechtstreeks' dan wel 'afgeleid' schade is of wordt geleden en in hoeverre die schade voor vergoeding in aanmerking komt, zijn weer andere vragen.⁹²⁵ Ook dan speelt artikel 2:5 BW een rol.

⁹²³ HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (*Poot/ABP*), HR 2 mei 1997, NJ 1998, 348 (*Kip/Rabo*), HR 16 februari 2007, JOR 2007, 112 (*Tuin Beheer/Houthoff Buruma*) en HR 2 november 2007, JOR 2007, 302 (*Kessock/SFT Bank*), Van der Sangen 2001, Veenstra 2008.

⁹²⁴ Vgl. nt. Prinsen bij OK 27 mei 1999, JOR 1999, 121 (*Gucci*).

⁹²⁵ Bulten 2011/1, p. 328 e.v.

De vraag is of dit voor Boek 2 BW-rechtspersonen kenmerkend is. De op contractuele grondslag naar het model van een N.V. gemodelleerde commanditaire vennootschap laat zien dat dit niet zo is. Rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW heeft er niet mee van doen, het gaat om het besluitvormingsmodel, en dat is in een Boek 2 BW-rechtspersoon uit der aard gegeven. Bij zo'n C.V. kan de mogelijkheid om als individuele commanditaire vennoot jegens een bestuurder met succes een actie in te stellen – dus 'diagonaal' – afstuiten op de besluitvormingsregels aangaande bepaalde aangelegenheden die in het contract zijn vastgelegd. Legt een partner zich er bij voorbaat bij neer dat de meerderheid beslist over aangelegenheden de C.V. betreffende dan verzet dat zich ertegen dat waar hij 'vrijheid' heeft afgestaan, hij zich vervolgens op de schending van die vrijheid beroept. Bij een Boek 2 BW-rechtspersoon ligt deze benadering vanwege het besluitvormingsmodel uit der aard voor de hand.

Tegelijk geldt dat als contractueel geregeld is dat een meerderheid moet instemmen en vaststaat dat de meerderheid heeft ingestemd, dat onverlet laat dat de individuele compagnon in voorkomende gevallen met succes een rechtstreekse actie kan instellen. Dat hangt af van het contract, de omstandigheden van het geval en de mate waarin de goede trouw aan de uitgangspunten van het contract derogeert. Dus ook van de aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding. Vergelijkbare redeneringen zijn mogelijk in geval statuten van een flex-B.V. sterk persoonsgebonden zijn ingericht.

Rechtspersonenrecht brengt deze 'afgeleide' problematiek als het ware standaard met zich.⁹²⁶ Dat dat wil niet zeggen dat de 'afgeleide' problematiek zich bij personenvennootschappen niet ook zou kunnen voordoen.

De derde richting betreft de inrichtingsvormen. Zo kennen we de eenpersoonsrechtspersoon, beheerst door de volledige zeggenschapshouder: de 'eenmans' B.V. of de stichting, met alleen één bestuurder die ook alle aandelen houdt. Dat kan dus. En het kan ook bij de flex-B.V.⁹²⁷ Extern is dit interessant vanwege bewijsaspecten die aan de positie van de volledige zeggenschapshouder verbonden worden.⁹²⁸ Intern minder interessant vanwege de alles overheersende positie van de zeggenschapshouder, maar wel bijzonder is dat de rechtspersoon blijft bestaan als de zeggenschapshouder overlijdt.

Dat blijven bestaan van de rechtspersoon is niet noodzakelijk. Het is slechts een gevolg dat 'wij' – via de wetgever – aan rechtspersoonlijkheid toekennen. Het kan best anders door wettelijk te bepalen dat de rechtspersoon wordt ontbonden

⁹²⁶ Bulten 2011/1, p. 328 e.v., 2011/2, p. 22 e.v.

⁹²⁷ Ontwerp artikel 175 lid 1.

⁹²⁸ HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (*Van Waning/Van der Vliet*) en HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (*Romme/Bakker*).

als de volledige zeggenschapshouder overlijdt. De vraag is of dat gewenst is. Het zou ook anders kunnen door conform artikel 2:192 lid 1 en 2 BW in de statuten van een flex-B.V. op te nemen dat bij overlijden van de volledige zeggenschapshouder de erfgenaam-opvolgend eigenaar gehouden is de vennootschap te ontbinden, met verplichte benoeming van de erfgenaam of een derde tot vereffenaar.

Hiermee komt deze derde richting vanzelf uit op het traditionele onderscheid tussen personenvennootschaps- en rechtspersonenrecht, waarvan hierboven al geconstateerd werd dat sprake is van een overlap.

De betekenis van het fenomeen rechtspersoon is dus beperkt. Het gaat als altijd om de inhoud. Dat is wat hoofdstuk 3 ook zal laten zien.

Conclusie

Hoofdstuk 2 behandelde de centrale vraagstelling van dit boek tegen de achtergrond van het B.V.-recht als in zijn aard ‘organisatie- en verantwoordingsrecht’, alsook het maatschapsrecht als in zijn aard ‘goede trouw’-recht, en ging daarbij in op de rol die de (mogelijkheid van) opzegging speelt bij duurzame ontwikkeling in besloten verhoudingen in maatschapsverband. Het hoofdstuk ging ook in op meer algemene praktische en theoretische argumenten die het kader vormen voor en bevestiging vormen van de vijf uitgangspunten van dit boek. Het liet door enkele eerste schetsen al zien dat de betekenis van rechtspersoonlijkheid daarbij beperkt is.

Vanwege het transparante karakter van de rechtspersoon is de relativiteit van de gehoudenheden rondom de scheidingsmelding – zowel van degene die de melding doet als van degene aan wie de melding wordt gedaan – buitengewoon relevant en interessant. Op deze relativiteit, doel en strekking van de open norm, zal met name in hoofdstuk 3, paragraaf 2 door gevalvergelijking verder worden ingegaan.

In de praktijk blijkt de scheiding van personenvennootschappen de ergste vormen van vechtscheiding te overtreffen. Dat is niet vreemd. Waar de aard van de relaties vergelijkbaar is, geldt dat ook het derailleren ervan. De praktijk leert ook dat het vaste punt om een dossier naar een goed einde te bewegen nogal eens ontbreekt en dat de rol van bemiddelaar die een arbiter of rechter kan vervullen daarbij van eminent belang is. Het helpt als betrokkenen en hun advocaten zich van het normatieve karakter van hun positie bewust zijn. Teveel creativiteit nodig voor het vinden van oplossingen gaat ook verloren aan het traditionele optreden in verondersteld ‘partijbelang’. Daar kan nog steeds veel gewonnen worden.

Hoofdstuk 2

Het was niet de opzet van het voorgaande te betogen dat de regeling van Titel 7 van Boek 3 BW tekort schiet. Het is in veel opzichten een moderne en bruikbare regeling waar Ontwerp Titel 7.13 goed tegenaan zou kunnen schurken. Strekking is wel te betogen dat de lijnen in besloten ledenverhoudingen vergelijkbaar zijn en dat de enquêterechter, kan hij het opbrengen, bij personenvennootschappen vergelijkbare functie kan hebben als hij nu heeft bij Boek 2 BW-rechtspersonen.

Het *moet* niet noodzakelijk de Ondernemingskamer zijn die als instantie bevoegd wordt kennis te nemen van geschillen het beleid van de personenvennootschap betreffende. Het ligt wel voor de hand gelet op haar ervaring en vaardigheden en gelet op de geconsateerde behoefte in de praktijk aan een gespecialiseerde rechter.⁹²⁹

Dat rechtspersoonlijkheid – het zelfstandig drager zijn van rechten en plichten ‘naar buiten’ – bij geschillen in besloten ledenverhoudingen – ‘naar binnen’ – minder relevant en interessant is, ligt voor de hand. Toch is dat iets te gemakkelijk, zal hoofdstuk 3 laten zien.

⁹²⁹ Zie Klaassen 2010/1 en 2 over onderzoeken die naar kwaliteit en functioneren van gespecialiseerde rechters zijn gedaan en over de positieve resultaten van die onderzoeken.

HOOFDSTUK 3

ACTIE IN BESLOTEN LEDENVERHOUDINGEN

‘Variaties op een thema’ of ‘Hoe transparant is de rechtspersoon?’

Inleiding

In dit hoofdstuk 3 worden B.V.- en maatschapsrecht op elkaar betrokken en wordt nagegaan in hoeverre rechtspersoonlijkheid daaraan en aan de doorwerking van in de besloten ledenverhouding geldende normen in de weg staat. Als vaststaand wordt er daarbij vanuit gegaan dat zowel de gewone rechter als de Ondernemingskamer bij de beoordeling van geschillen in besloten ledenverhoudingen met het besloten karakter ervan rekening houdt. Dat is dus gegeven.

Doel is vanuit die erkenning de vijf in hoofdstuk 1 geformuleerde uitgangspunten verder te toetsen. In hoofdstuk 3 worden daartoe de bevindingen van hoofdstuk 2 op het punt van de betekenis en rechtsgevolgen van opzegging en scheidingsmelding bij personenvennootschappen betrokken op besloten ledenverhoudingen zoals die in Boek 2 BW-rechtspersonen voorkomen. Bijzondere aandacht bestaat daarbij voor het karakter van het B.V.-recht als organisatie- en verantwoordingsrecht en het maatschapsrecht als ‘goede trouw’-recht.

De belangrijke vraag die daar doorheen loopt is of het mogelijk is een zodanige ‘interne’ samenhang te ontwaren dat aan de hand daarvan één geschillenregeling voor besloten verhoudingen te ontwerpen is.

Hoofdstuk 3 gaat eerst na of de wezenskenmerken van personenvennootschap, flex-B.V., B.V., ‘N.V.-quasi V.O.F.’ en besloten coöperatie zodanig van elkaar verschillen dat vragen rondom opzegging alleen al daarom verschillend moeten worden beantwoord. Dat gebeurt door de constructie van een model waarin ‘maatschapsrecht’ over ‘B.V.- en coöperatierecht’ wordt gelegd teneinde te kunnen vaststellen in hoeverre in hoofdstuk 2 geformuleerde uitgangspunten rond de betekenis en rechtsgevolgen van opzegging in maatschapsverhoudingen stand houden.⁹³⁰

Gekozen wordt voor een model omdat het daardoor mogelijk is de in de praktijk blijkenende enorme variëteit aan besloten ledenverhoudingen te ‘vangen’. Het mo-

⁹³⁰ Van Schilfgaarde & Van Solinge 1974, p. 24/25.

del bestaat uit de uitwerking van een voor besloten verhoudingen typische standaardcasus (hierna: ‘standaardsamenwerking’) bestaande uit een samenwerking tussen vier personen, zowel in een contractuele, als in een rechtspersonen-rechtelijke context, in de levenscyclus van een onderneming.

De standaardsamenwerking is een casus die in de collegepraktijk is ontwikkeld en die zich goed leent voor variatie vanuit allerlei invalshoeken en voor belichting van allerlei geschillen die ook in jurisprudentie binnen en buiten het enquêterecht tot uitdrukking komen.

De modelmatige benadering bestaat uit twee onderdelen. Het eerste deel is een juridisch-technische constructie op basis van dogmatische uitgangspunten, het tweede is een analyse van standaard jurisprudentie in de levenscyclus van de onderneming.

Doel van de modelmatige benadering is driedelig:

- (1) in aansluiting op hoofdstuk 2 verder vast te stellen waar variatie in het model tot deviatie op de uitgangspunten leidt en waarom. Door variaties aan te brengen – zuivere impasse, meerderheid/minderheid, minderheid/meerderheid – op een standaardsamenwerking in een bepaalde modelmatige benadering – vier personen samenwerkend in een maatschap/vier personen samenwerkend in een B.V. – kan inzichtelijk worden gemaakt waar ruimte bestaat voor analogie en waar niet, waar de mogelijkheid van correctie – derogatie en interventie – bestaat, en waar het systeem, waarvan in het ondernemingsrecht zeker sprake is, zich tegen variatie in een bepaalde richting verzet;⁹³¹
- (2) in aansluiting op hoofdstuk 2, paragraaf 4 (dat ging over de betekenis van rechtspersoonlijkheid en waar werd geconstateerd dat die betekenis beperkt, maar niet te veronachtzamen is) na te gaan hoe transparant de rechtspersoon eigenlijk is als het gaat om de samenhang tussen belang en actie in relatie tot open normen en begrippen en de betekenis van opzegging. Om dit inzichtelijk te krijgen wordt niet alleen gevarieerd op een samenwerking tussen vier natuurlijk personen, maar ook op een samenwerking tussen vier persoonlijke holdings waarin die vier personen ieder volledige zeggenschapshouder zijn.

De vraag is daar in hoeverre die zeggenschapshouders ‘door de rechtspersoon heen’ aan de uitgangspunten van de samenwerking gebonden blijven en wat dat betekent voor hun verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid;

⁹³¹ De vergelijkingsmethode, Wiarda 1999, p. 107, inderdaad aan de muziek ontleend.

(3) de vijf uitgangspunten verder te toetsen.

Variatie op de feiten – de uitgangspunten van de standaardsamenwerking – en op het toepasselijke recht maakt voorts een eventueel spelende hiërarchie in betrokken belangen inzichtelijk.⁹³² Dit is van belang omdat dit boek niet alleen gaat over de wettelijke geschillenregeling en niet alleen over opzegging en scheidingsmelding, maar over de thematiek van de samenhang tussen open norm, belang en actie bij geschillen in besloten verhoudingen in een breder perspectief.

Het model wordt beschreven in paragraaf 1.1 en 1.2 hierna. In het vervolg van paragraaf 1 wordt ‘maatschapsrecht’ als beschreven in hoofdstuk 2 met behulp van het model over B.V.-recht gelegd teneinde na te gaan in hoeverre uitgangspunten van B.V.-recht zich verzetten tegen uitgangspunten van maatschapsrecht als goede trouw-recht, meer in het bijzonder de in hoofdstuk 2 geformuleerde uitgangspunten rond opzegging. Dat gebeurt in eerste instantie door in het model te onderscheiden naar, bovenin, de besloten verhouding tussen de leden die het algemene beleid bepalen, hierna de besloten ledenverhouding te noemen, daaronder de rechtspersoon als rechtsdrager en daar weer onder de onderneming als gemeenschap van een algemeenheid van goederen.

Vervolgens worden het consensuele karakter van de besloten ledenverhouding (een rechtsverhouding van lidmaatschapsrechtelijk aard) alsook het rechtskarakter van het vanuit die ledenverhouding te voeren beleid en de betekenis en rechtsgevolgen daarvan voor de centrale vraagstelling verder onderzocht.

In paragraaf 2 worden de concrete casus in de levenscyclus van de onderneming behandeld.

Paragraaf 1 is van juridisch-technische aard in de zin dat het een aantal gedeeltelijk eerder beschreven dogmatische uitgangspunten in één model combineert. Niet de formulering van het model op zichzelf is het doel, maar de toetsing van de vijf uitgangspunten. Door in het model zoveel mogelijk te streven naar eenheid – wat uitvloeisel is van de idee dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden – kan inzichtelijk worden welke elementen wezenlijk betekenis hebben als het gaat om de samenhang tussen belang, norm en actie, en om de vraag waar variatie leidt of moet leiden tot deviatie.

De gevalvergelijking aan de hand van de levenscyclus van een rechtspersoon in paragraaf 2 gaat uiteraard uit van concrete voorbeelden: het gaat om casus die zijn ontwikkeld op basis van jurisprudentie en die bedoeld zijn om de enorme

⁹³² Schoordijk 1970/2, p. 245, Van Ginneken & Timmerman 2011, p. 606/607 en Schild 2011/11, p. 622.

variëteit aan geschillen in besloten verhoudingen zoals ook blijkend uit de jurisprudentie van de Ondernemingskamer te ‘vangen’. Uiteraard is dat maar beperkt gelukt – de praktijk is daarvoor te gevarieerd en te weerbarstig. Niet is de bedoeling na te gaan of het besloten of persoonsgebonden karakter van een ledenverhouding in het enquêterecht betekenis heeft – dat is evident, wel is bedoeling na te gaan welke plaats en betekenis opzegging en scheidingsmelding innemen in of ten opzichte van het grotere geheel van de samenhang tussen open norm, belang en actie.

Door paragraaf 1 en 2 wordt het onderwerp van dit boek – in een dogmatische benadering en via analyse van standaard jurisprudentie – als het ware kruiselings doorgesneden. Paragraaf 1 en 2 zijn precies ook de benaderingen waarvoor het onderwerp zich leent: een dogmatische benadering en een van gevalvergelijking.

Belangrijk voor het trekken van conclusies en het formuleren van regels is steeds het gegeven dat – mede vanwege de geconstateerde noodzakelijke spankracht – ondernemingsrecht niet zwart/wit is, maar beschikt over nogal wat grijstonen. Steeds weer blijkt in de praktijk dat een paar feiten een dossier een bepaalde richting op kunnen doen kantelen.⁹³³ Datzelfde geldt in voorkomende gevallen ten aanzien van de mogelijke acties en dat biedt dus mogelijkheden genoeg om – ook na dit boek – te blijven variëren – die pretentie heeft het in ieder geval niet.

Het maakt ook duidelijk waarom in dit boek gekozen werd voor het beschrijven van verbanden en lijnen eerder dan dat een groot aantal casus op een rij werd gezet. Van die gevalvergelijking komt het desondanks.

1. Model

1.1 Standaardsamenwerking

De standaardsamenwerking waarop hierna wordt gevarieerd teneinde de door het systeem veroorzaakte deviatie binnen de samenhang tussen open norm, belang en actie boven tafel te krijgen, is prima vista een simpele. Het gaat in de standaardcasus om een samenwerking tussen vier in een besloten verhouding betrokken personen (A. met persoonlijke holding A. Beheer B.V., B. met persoonlijke holding B. Beheer B.V., C. met persoonlijke holding C. Beheer B.V. en D. met persoonlijke holding D. Beheer B.V.; de holdings hierna steeds: A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer te noemen) in welke besloten verhouding B. en D. door managementovereenkomsten tussen B. Beheer en D. Be-

⁹³³ Mooi voorbeeld daarvan is Rb. Zutphen 25 april 2012, JOR 2012, 179 (*Dijkhaas/Ruitenberg*).

heer en de vennootschap belast zijn met de dagelijkse leiding van de in samenwerking gedreven onderneming.

De standaardsamenwerking leent zich goed voor variatie – gevalvergelijking – vanuit allerlei invalshoeken en de belichting van allerlei geschillen die ook in jurisprudentie binnen en buiten het enquêterecht tot uitdrukking komen. Situaties waarin de bescherming van minderheid of meerderheid aan de orde is (A. tegenover B., C. en D. en omgekeerd), maar ook impasses en gekwalificeerde impasses kunnen ermee worden belicht. Het gaat er uiteindelijk om de betekenis en functie van scheidingsmelding en opzegging in relatie tot de samenhang tussen open norm, belang en actie helder te krijgen.

A., B., C. en D. houden ieder 100% van de aandelen in hun persoonlijke holdings en zijn daarvan ook bestuurders, waardoor zij daarin kwalificeren als ‘volledige zeggenschapshouders’.⁹³⁴ De vennootschap en de ermee verbonden onderneming staan ingeschreven onder de naam ‘Lorem Ipsum’⁹³⁵ en treden naar buiten op onder de handelsnaam ‘Lipsum’.

In de volgende paragrafen wordt variërend op de ‘standaardsamenwerking’ gebruik gemaakt van verschillende vennootschaps- en samenwerkingsvormen (maatschap, V.O.F., C.V., flex-B.V., ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’ en besloten coöperatie) waarin de samenwerking tussen A., B., C. en D. wordt geïncorporeerd. Sprake is aldus van besloten ledenverhoudingen in verschillende varianten.

Op de casus wordt verder gevarieerd door in de samenwerking door optredende verschillen van inzicht – die terug te voeren zijn op gevallen uit de jurisprudentie – kampen te laten ontstaan waarbij A. (en B.) aan de ene kant steeds meer tegenover (B. en) C. en D. daarop – aan de andere kant komen te staan. In de loop der tijd derailleert de samenwerking en ontwikkelt zich via een verstoorde naar een duurzaam ontwrichte verhouding, zo een waarin uiteindelijk de een ‘nee’ zegt, omdat de ander ‘ja’ zegt. In de verhouding wordt soms ook een raad van toezicht met één lid (E.) betrokken.

Door de variatie op de standaardcasus is sprake van een modelmatige benadering. Maar ook de verhoudingen binnen maatschap, V.O.F., C.V., flex-B.V.,

⁹³⁴ Vgl. HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (*Van Waning/Van der Vliet*) en HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (*Romme/Bakker*).

⁹³⁵ ‘Lorem Ipsum’ is het begin van een proeftekst die gebruikt wordt in het drukkerij- en zetwezen en betekent hier helemaal niets. Het komt volgens Thom Kouwenhoven in een tekst op internet: ‘uit de secties 1.10.32 en 1.10.33 van *‘de Finibus Bonorum et Malorum’* (De uitersten van goed en kwaad) door Cicero, geschreven in 45 v.Chr. Dit boek is een verhandeling over de theorie der ethiek, erg populair tijdens de renaissance. De eerste regel van *Lipsum*, *‘Lipsum dolor sit amet’* komt uit een zin in sectie 1.10.32.’ ‘Lipsum’ is de gebruikte afkorting.

‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’ en besloten coöperatie worden naar het model ‘vertaald’ en daartegen afgezet. Dat laat precies zien waar het bij de lidmaatschaps- en ledenverhouding en de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen wel en niet om gaat.

Door op de standaardcasus met behulp van het model te variëren kan worden nagegaan welke acties – ontleend aan open normen of op andere wijze aan de context van niet uitputtend geregelde ruimte – kunnen worden onderscheiden, welke gevallen daarbij wel en welke juist niet voor ‘gelijke behandeling’ (de deviatie) in aanmerking komen en waarom, en welke rol de opzegging daarbij speelt of kan spelen. En, belangrijk, wat de rol van de goede trouw is – goede trouw zoals boven gedefinieerd ter onderscheiding van de redelijkheid en billijkheid – mede in relatie tot de aard van de lidmaatschapsverhouding.

Hierna wordt in paragraaf 1.2 de keuze voor deze modelmatige benadering met behulp van de standaardcasus nader toegelicht en wordt het model in paragraaf 1.3 in de grondverf gezet. Daarna wordt in paragraaf 1.4 de ledenverhouding verder belicht. Vervolgens wordt in paragraaf 1.5 het model onthuld – overigens in niet helemaal onverwachte vorm.

Paragraaf 2 richt zich op de gevalvergelijking aan de hand van casus uit de jurisprudentie.

1.2 Toelichting

De vennootschappen en rechtspersonen waarin in het navolgende de standaard-samenwerking wordt geïncorporeerd zijn dus over de breedte van het ondernemingsrecht van links naar rechts maatschap, V.O.F., C.V., flex-B.V., ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’ en besloten coöperatie.

Helemaal te linker zijde staat het verband waarin meerdere personen betrokken zijn en waarvan de feitelijke kenmerken maken dat het verband kwalificeert als maatschap.⁹³⁶ Dat is de meest kale uiterste vorm van besloten samenwerking die nog als maatschap kwalificeert: de maatschap waarvan betrokkenen zich het bestaan zelf amper (willen) realiseren. Verwezen wordt naar het arrest van de Hoge Raad inzake de ‘*dierenartspraktijk*’ waarop hierna paragraaf 1.4 terug komt.⁹³⁷ In de kern komt het arrest – overigens in lijn met vaste jurisprudentie en literatuur – hierop neer dat een maatschap een consensuele vormvrije overeenkomst is die niet noodzakelijk schriftelijk behoeft te worden aangegaan, en zelfs

⁹³⁶ HR 2 september 2011, NJ 2012, 75 (*dierenartspraktijk*).

⁹³⁷ Zie voor de vindplaats de vorige voetnoot.

stilzwijgend, op grond van gedragingen van partijen geacht kan worden tot stand te zijn komen.⁹³⁸

Omdat rechtspersonen wat het vermogensrecht betreft aan een natuurlijke persoon gelijk staan kan zo'n 'impliciete maatschap' zich ook voordoen tussen de partijen A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer. Sterker: in de casus van het arrest van de Hoge Raad inzake de '*dierenartspraktijk*' was sprake van een verband tussen rechtspersonen. Deze variant wordt in paragraaf 1.6 ter afsluiting van paragraaf 1 belicht.

Uitgangspunt in de modelmatige benadering vanuit de beschreven standaard samenwerking is het derde uitgangspunt van dit boek dat inhoudt dat in besloten verhoudingen, of nu sprake is van een contractuele of van een rechtspersonen-rechtelijke context, gelijke gevallen op gelijke wijze behandeld dienen te worden, en dat daarin betamelijkheidsnormen gelijke functie en inhoud zouden moeten hebben, tenzij voor afwijking van dit uitgangspunt voldoende rechtens relevante – formele of inhoudelijke – reden bestaat. Naar die reden wordt in de hierna volgende modelmatige benadering stapsgewijs op zoek gegaan.

Voortbordurend op de geschetste 'kale' samenwerking tussen A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer geheel ter linkerzijde wordt gevarieerd op de uitgangspunten er van om zo, de samenwerking zo ver mogelijk toetrekend naar en gelijktrekend met die in een B.V. aan de rechterkant, te kunnen nagaan wat precies aan die gelijkstelling in de weg staat en of, en zo ja, in hoeverre dat in het kader van het derde uitgangspunt betekenis heeft, en wat dat dan weer betekent voor het onderwerp van dit boek: de samenhang tussen open norm, belang en actie bij geschillen in besloten verhoudingen. Vierde uitgangspunt daarvan is dat geschillenregeling en -beslechting geen sluitstuk zijn, maar een geïntegreerd onderdeel van goed ondernemingsrecht. Te bestemder plaatse zal in deze modelmatige benadering aan dat vierde uitgangspunt aandacht worden besteed.

Ter wille van de eenvoud beperkt deze paragraaf zich eerst tot een vergelijking met de traditionele B.V. en zal verderop in dit boek nog worden ingegaan op de Flex B.V., 'B.V./N.V.-quasi V.O.F.' en besloten coöperatie.

Deze paragraaf beperkt zich voorts nog tot de samenwerking tussen A., B., C. en D. persoonlijk. Over de samenwerking tussen de beheer-B.V.'s en de zeggenschapshouders gaat paragraaf 1.6.

⁹³⁸ HR 10 januari 1968, NJ 1968, 134, nt. Scholten (*Ontvanger/Fondsen Unie N.V.*). Hetgeen ook kan gelden voor de informele vereniging, Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/21.

1.3 Model in de grondverf

Deze paragraaf 1.3 zet het model in de grondverf door een indeling in horizontale lagen te maken. Onderscheiden wordt naar, bovenin, de besloten verhouding van de leden die het beleid bepalen, daaronder de rechtspersoon als rechtsdrager en daar weer onder de onderneming als gemeenschap van een algemeenheid van goederen. Vervolgens wordt in paragraaf 1.4 het consensuele karakter van de besloten ledenverhouding bestaande uit natuurlijke personen en in paragraaf 1.5 het rechtskarakter van het door hen in de rechtspersoon te voeren beleid en de betekenis in relatie tot opzegging verder onderzocht.

1.3.1 Ondernemer/onderneming/naam

Om te beginnen wordt in het model onderscheiden naar het niveau van de ondernemer en dat van de door hem gedreven onderneming.⁹³⁹ Verder wordt toegevoegd – variërend op de hierboven beschreven ‘kale’ vorm – dat A., B., C. en D. bedrijfshandelingen verrichten onder gemeenschappelijke naam. Intern kwalificeert de samenwerking dan nog steeds als maatschap.⁹⁴⁰ Door de tweedeling ondernemer/onderneming en door het gebruik van een gemeenschappelijke naam onderscheidt Lipsom V.O.F. zich op *deze* punten alvast niet van een B.V., N.V. of een coöperatie.⁹⁴¹ Het zijn ook nog geen voor het onderwerp geschillen in besloten verhoudingen relevante onderscheidingen.

1.3.2 Maatschap: overeenkomst/gemeenschap

In de modelmatige benadering wordt vervolgens uitgegaan van de tweedeling die artikel 7A:1655 BW:

‘Maatschap is eene overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstaande voordeel met elkander te deelen.’

zelf aanbrengt doordat het artikel de maatschap enerzijds kwalificeert als een overeenkomst tussen twee of meerdere personen en anderzijds uitgaat van een

⁹³⁹ Van Schilfgaarde & Van Solinge 1974, p. 10 e.v.

⁹⁴⁰ Zie artikel 16 WvK: ‘*de V.O.F. is een maatschap (...)*.’ Vgl. Slagter, Groene Serie Personenassociaties, 5 ‘Een vof tussen nv's of bv's’, die hier enkele kritische kanttekeningen bij plaatst, maar toch meent dat sprake kan zijn van een maatschap of V.O.F. In de volgende paragraaf wordt hierop teruggekomen.

⁹⁴¹ Aansluiting zoekend bij Maeijer waar hij in 1989 na analyse van het begrip onderneming opmerkt: ‘*Het handelsrecht zal door de reeds in gang zijnde ontwikkeling van het privaatrecht zijn formele, door de wet bepaalde identiteit verliezen. Terwijl het begrip onderneming vreemd was aan het Wetboek van Koophandel van 1838, is het een steeds centralere plaats in ons rechtstelsel gaan innemen. Het begrip onderneming heeft het begrip koopman verdrongen.*’ Maeijer 1989, p. 127.

gemeenschap als het ware ‘onder’ die overeenkomst (voor het gemak verticaal beschouwd in aansluiting op hetgeen in hoofdstuk 2, paragraaf 2.3 werd opgemerkt), in twee lagen. Onderscheiden wordt dus naar de expliciete of impliciete⁹⁴² contractuele – consensuele – relatie tussen de vennoten in de maatschap of V.O.F. onderling en naar het niveau ‘daaronder’ – evenzeer kwalificerend als ‘maatschap’, die benoemde gemeenschap is, net als de huwelijksgemeenschap, de gemeenschap van een geregistreerd partnerschap en de rederij⁹⁴³ – te weten de gemeenschap waarin conform artikel 7A:1662 BW geld, goederen, genot van goederen en arbeid kunnen worden ingebracht.

Eerst wordt hierna het begrip ‘inbreng’ en vervolgens het begrip ‘gemeenschap’ uitgelicht.

Het begrip ‘inbreng’ (zie ook artikel 805 Ow 7.13 BW) is een juridisch gevaarlijke, althans op het eerste gezicht misleidende. Waar het in essentie om gaat is dat personen – de toekomstige vennoten – van hun overig privévermogen goederen afzonderen (‘afschieden’) met een bepaalde bestemming⁹⁴⁴ te weten de uitoefening van een beroep of bedrijf, al dan niet onder gemeenschappelijke naam, tot welke uitoefening zij zich vervolgens naar beste vermogen inzetten (zie ook artikel 800 en 801 Ow 7.13 BW).

Het is, ofschoon voor de hand liggend, goed te realiseren dat die goederen als algemeenheid – de gemeenschap: een goederenrechtelijke kwalificatie – op zichzelf juridisch niks ‘losmaken’. Die gemeenschap is eigenlijk een volstrekt oninteressant fenomeen. Dat werd in hoofdstuk 1, paragraaf 3.6 als geconstateerd. Van dat ‘losmaken van rechtsgevolg’ is wel sprake – zoals hierna nog verder zal worden uitgewerkt – indien en zodra overeenkomstig de bestemming – het doel van de samenwerking; de afgezonderde goederen zijn instrument om dat doel te bereiken – door de vennoten *met* die goederen wordt geacteerd. Dan wordt het een bijzonder interessant fenomeen.

Wat daardoor ontstaat is een gebonden gemeenschap die zodra die bestemming ook voor derden herkenbaar is van oudsher de eigenschappen heeft van een afgescheiden vermogen⁹⁴⁵ in overeenstemming met artikel 3:192 BW. Wat dus leidt tot een volgorde in zaaks- of vennootschapsschuldeisers en privéschuldeisers, tenminste als het gaat om verhaal op de aldus afgezonderde goederen, op een hierna nog te beschrijven wijze. Dat acteren overeenkomstig die bestemming rechtsgevolgen heeft – die hierna nog worden toegelicht – is reden dat het überhaupt zin heeft tussen privé en zakelijk vermogen te onderscheiden.

⁹⁴² HR 2 september 2011, NJ 2012, 75 (*dierenartspraktijk*).

⁹⁴³ Artikel 3:189 BW e.v.

⁹⁴⁴ HR 26 november 1897, W. 7074 (*Boeschoten/Besier*). Van Mourik 2003, p. 113 heeft het over dienstbaarmaking. Vgl. MvT Ow Titel 7.13 BW, artikelen 800 lid 1 en 805.

⁹⁴⁵ HR 26 november 1897, W. 7074 (*Boeschoten/Besier*).

Ook het begrip gemeenschap in de zin van artikel 7A:1655 BW is een lastige. Het kan kwalificeren als ‘goederengemeenschap’ in de zin van artikel 3:166 lid 1 BW. Daarvan is sprake als een of meer goederen aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk toebehoren. Dat in de gemeenschap in de zin van artikel 7A:1655 BW ook het genot van goederen en arbeid kunnen worden ‘ingebracht’, betekent op zichzelf reeds dat het begrip gemeenschap in de zin van 7A:1655 BW een ruimere en mogelijk iets andere betekenis heeft dan het begrip gemeenschap volgens artikel 3:166 lid 1 BW.

Het kan zelfs zo zijn dat in de gemeenschap in de zin van artikel 7A:1655 BW alleen maar arbeid wordt ingebracht. In de hier gekozen benadering wordt de variant waarin alleen arbeid wordt ingebracht even geparkeerd; er wordt hierna in paragraaf 1.3.4 op teruggekomen. Hier gaat het model eerst alleen uit van het ‘onder’ de maatschap bestaan van een gemeenschap die kwalificeert als goederengemeenschap in de zin van 3:166 lid 1 BW.

De maatschap is in deze benadering, zoals hierboven in hoofdstuk 1, paragraaf 3.6 en hiervoor ook al opgemerkt, een combinatie van een rechtsverhouding in verbintenisrechtelijke⁹⁴⁶ en een in goederenrechtelijke zin. Beiden worden in de jurisprudentie en literatuur wel geduid als ‘gemeenschap’⁹⁴⁷ en ook als ‘maatschap’. In verbintenisrechtelijke zin kenmerkt zij zich door een sterke ‘doelverbondenheid’ die ook bijzondere consequenties heeft voor de goederenrechtelijke gemeenschap: die kwalificeert daardoor als gebonden gemeenschap.⁹⁴⁸ De deelgenoten staat het niet vrij over het aandeel in die gemeenschap te beschikken en privé-schuldeisers kunnen het aandeel niet uitwinnen. De verbintenisrechtelijke rechtsverhouding karakteriseert door streving: het streven naar voordeel en het delen daarvan, althans het delen van verlies. De gemeenschap karakteriseert daardoor ook goederenrechtelijk als ‘strevingsgemeenschap’.⁹⁴⁹

In de kern is het voorgaande een heel bijzondere al sinds het Romeinse recht bestaande dogmatische combinatie van de toepassing van open normen en begrippen binnen door de wet gelaten ruimte. In Titel 9 van Boek 7A BW is er van dit alles althans bijzonder weinig terug te vinden.

⁹⁴⁶ Overigens legt ook artikel 3:166 lid 3 BW naast de goederenrechtelijke relatie meteen de verbintenisrechtelijke relatie van de normen van redelijkheid en billijkheid. Hetzelfde blijkt ook uit artikel 3:157 lid 1 BW: *‘tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit, kan ieder van hen over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed beschikken.’* Die rechtsverhouding geeft de verbintenisrechtelijke component weer. Pitlo & Cahen, p. 69 e.v. en HR 17 december 1993, NJ 1994, 301, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers AA 1994, 7/8 (*Van den Broeke/Van der Linden*).

⁹⁴⁷ HR 16 mei 1986, NJ 1987, 206 (*Van den Broeke/Van der Linden*), HR 8 september 2000, NJ 2000, 604 (*V.O.F. Cento Nederland B.V. i.o./Cento B.V. en Van Delzen*).

⁹⁴⁸ Nt. Raaijmakers AA 1994, 7/8 bij HR 16 mei 1986, NJ 1987, 206 (*Van den Broeke/Van der Linden*).

⁹⁴⁹ Pitlo & Cahen 1988, p. 69 e.v.

In verbintenissenrechtelijke zin gaat het om de positie van een rechtsverhouding tussen A., B., C. en D. als uiteindelijk door de consensuele maatschap/V.O.F.-overeenkomst verbonden personen. De zeggenschapsrechten van A., B., C. en D. in de samenwerking – welke rechten niet kwalificeren als goederen (zaken of vermogensrechten),⁹⁵⁰ maar als aan de persoon verbonden wilsrechten – worden in het model beschouwd door de vennoten in de verbintenissenrechtelijke ‘gemeenschap’ te zijn ‘ingebracht’. Onder de term ‘inbreng’ wordt hier verstaan dat de betreffende zeggenschapsrechten ten aanzien van zowel beschikkings- als beheershandelingen door het doel van de samenwerking worden gebonden, waartoe ieder der betrokkenen bij aanvang van de samenwerking zekere autonomie inlevert. Daarover bestaat dan consensus.

Doel- of bestemmingsverbondenheid heeft dus zowel op verbintenissenrechtelijk als op goederenrechtelijk niveau sterke consequenties.

Beschikkingshandelingen zijn hierbij alle rechtshandelingen waartoe A., B., C. en D. slechts gezamenlijk bevoegd zijn omdat deze de onderlinge rechtsverhouding, dan wel hun rechtsverhouding tot de goederen in de goederenrechtelijke gemeenschap wijzigen. Beheershandelingen zijn de rechtshandelingen die voor een normale exploitatie binnen het kader van het doel van de vennootschap dienstig zijn, die in principe door ieder afzonderlijk kunnen worden verricht en waardoor de onderlinge rechtsverhouding en -positie niet worden gewijzigd.⁹⁵¹

Bij de uitoefening van bedoelde zeggenschapsrechten gaat het om besluitvorming ten behoeve of ten laste van de vennootschap inzake beschikkings- en beheershandelingen die genormeerd wordt door het contract en door het doel van de samenwerking, maar ook door eerdere bevoegd genomen besluiten voor zover die een aanvulling of wijziging betekenen op het contract.

Zowel beschikkings- als beheershandelingen veronderstellen als rechtshandeling een op een bepaald rechtsgevolg gerichte wil. Voorzichtig zou hier al kunnen worden betoogd dat daarmee ook de wil van ‘de vennootschap’ komt vast te staan. Dat wordt gemakkelijker naar gelang aan die vennootschap rechtspersoonlijkheid wordt toegekend. Het zou er ook een argument voor kunnen zijn.

Uiteindelijk is iedere bevoegd verrichte beheers- en beschikkingshandeling hierdoor een uitdrukking van uitgeoefende zeggenschap – een combinatie van wilsrecht(en) en besluitvorming – binnen vennootschapsverband. Het contract en de bevoegde aanvullingen en wijzigingen er op betekenen dat – zoals opgemerkt – door de vennoten op het kunnen verrichten van die handelingen autonomie

⁹⁵⁰ Als wilsrechten vallen zij ook niet in het faillissement van de vennootschap en dat der vennoten.

⁹⁵¹ Prinsen 1995, p. 81 e.v.

wordt ingeleverd,⁹⁵² enerzijds doordat het contract de vennoten in positieve zin onderwerpt aan bepaalde regels op het punt van organisatie – opgevat als combinatie van bevoegdheid, besluitvorming, vertegenwoordiging – en interne verantwoording – vooraf of achteraf –, anderzijds doordat toerekenbare tekortkoming in de nakoming van verplichtingen uit het contract verplicht tot vergoeding van daardoor door de vennootschap en/of (de) andere venno(o)t(en) geleden schade.

In zoverre sprake is van een consensuele overeenkomst – en daarvan is sprake zodra de samenwerking kwalificeert als maatschap – is de grondslag voor de actie tot vergoeding van die schade gegeven.⁹⁵³ Partijen en dus degenen die over de interne actie beschikken, zijn de leden individueel, jegens elkaar, jegens de vennootschap en jegens haar bestuurders, en eventueel omgekeerd, afhankelijk van grondslag, norm en relativiteit.⁹⁵⁴ In zoverre daardoor aan individuele leden meerdere acties ter beschikking staan, is sprake van een ‘dubbelslag’. Dat is op zichzelf niet principieel bezwaarlijk. Wel bezwaarlijk is dat dat zou kunnen leiden tot het ‘dubbel’ vergoed krijgen van schade en zal daarvoor een oplossing moeten worden gevonden – dit wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.

Op de betekenis van de maatschap als consensuele overeenkomst – sterker: als in hoofdstuk 2 geconstateerde consensuele bestendige vertrouwensrelatie – komt paragraaf 1.4 terug. Op grondslag, norm en relativiteit komt paragraaf 2 in het kader van de al aangekondigde gevalvergelijking terug.

1.3.3 (Besloten) ledenverhouding en beleid

Omdat het gebruik van de term maatschap als ‘overeenkomst’ en de term maatschap als (benoemde of bijzondere) ‘gemeenschap’ tot misverstand aanleiding kan geven, wordt in het model in verbintenisrechtelijke zin voor de interne verhoudingen tussen de vennoten/leden in zowel maatschap als V.O.F. niet de term gemeenschap maar de aanduiding ‘besloten ledenverhouding’ gebruikt. Deze ‘ledenverhouding’ kwalificeert als ‘besloten’ zodra het persoonsgebonden karakter en daarmee de factor vertrouwen in verbintenisrechtelijk opzicht bestendig overweegt.

⁹⁵² Raaijmakers 1988/2, p. 209.

⁹⁵³ In zoverre niet sprake is van een consensuele overeenkomst moet die actie op een andere grondslag zijn gebaseerd. Schoordijk 1970/2, p. 242, vgl. HR 8 december 1995, NJ 1996, 274 (K./G.S.): ‘Een verplichting tot het doen van rekening en verantwoording kan slechts worden aangenomen indien tussen partijen een rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan krachtens welke de een jegens de ander verplicht is om zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden. Een rechtsverhouding die een dergelijke verantwoordingsplicht impliceert, kan, zoals in casu, voortvloeien uit hetgeen onder bepaalde omstandigheden volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.’

⁹⁵⁴ Eggen 1936, p. 402, 415.

In het model is op het bovenste niveau te onderscheiden naar de ‘besloten ledenverhouding’ en – in andere rechtsvormen – naar de ‘ledenverhouding’ die dat niet is. Het verschil zit daarin dat voor het met zekere consensus in de onderlinge ledenverhouding voeren van beleid de idee van beslotenheid niet noodzakelijk is.

De keuze voor de aanduiding ‘besloten ledenverhouding’ is in dit boek consequent gevolg van de centrale plaats en betekenis van het lidmaatschapsrecht als beschreven in hoofdstuk 1 en van het duiden van de vennoten in een personenvennootschap – ook door de Hoge Raad – als leden.

Gezamenlijk door de leden gevoerd beleid heeft dan feitelijk betekenis, maar kan ook vermogensrechtelijk relevant zijn bijvoorbeeld zodra als gevolg van dat beleid rechten aan de leden of aan derden worden toegekend of verplichtingen ten behoeve of ten laste van de vennootschap worden aangegaan, dan wel uit anderen hoofde verbintenissen aan de vennootschap of de leden worden toegekend. Beleid is al vermogensrechtelijk relevant zodra de juridische context op enigerlei wijze, hoe genuanceerd ook, tot rechtvaardiging verplicht. Hierop wordt in paragraaf 1.5 nog teruggekomen.

Het onderscheid wordt mede gemaakt vanwege de in het model gewenste gelijktrekking met de B.V. – waarin het voeren van vermogensrechtelijk beleid op verschillende manieren tot uitdrukking kan komen, onder andere van de zijde van de vergadering van aandeelhouders (denk ook aan de positie van de moedermaatschappij – welke bijzondere positie alleen duidelijk wordt door analyse van de aard van de lidmaatschapsverhouding, waarover nog paragraaf 1.5) – welke gelijktrekking weer dient om eerder bedoelde deviatie bij geschillen in besloten verhoudingen aan te kunnen tonen: dat met zekere consensus beleid kan worden gevoerd zowel in situaties waarin wel en waarin geen sprake is van een besloten verhouding, is consequentie van het open karakter van het fenomeen lidmaatschap, zoals beschreven in hoofdstuk 1, paragraaf 1.3.

Het onderscheid is van belang omdat aan het enkele voeren van vermogensrechtelijk beleid rechtsgevolgen verbonden zijn,⁹⁵⁵ dus los van het gegeven dat mogelijk ook sprake is van een besloten ledenverhouding. Over die rechtsgevolgen gaat paragraaf 1.5 hierna.

Met de term ‘besloten ledenverhouding’ wordt in het model – let wel: in het model gaat het om standaardsamenwerking tussen A., B., C. en D. in het kader van de uitoefening van een beroep of een bedrijf – tot uitdrukking gebracht dat sprake is van meer dan alleen een eenmalig contact of contract (‘do ut des’). Dat meerdere zit in (althans de mogelijkheid van) het met een zekere mate van con-

⁹⁵⁵ HR 8 december 1995, NJ 1996, 274 (K./G.S).

tinuïteit nemen van besluiten ten aanzien van beheers- en beschikkingshandelingen nodig voor het gezamenlijk voeren van beleid. (De *aard* van het) contract (de aard van de lidmaatschapsverhouding) en doel(gebondenheid)⁹⁵⁶ constitueren de ‘ledenverhouding’ als duurrelatie: in de ledenverhouding gaat het om de gezamenlijke uitoefening van zeggenschap(srechten). Het onder de doelomschrijving verrichten van activiteit, of juist het zich onthouden ervan, geschiedt ten behoeve van de vennootschap of wordt er – in principe – aan toegerekend.

De aard van de betrokken belangen, de wederzijdse afhankelijkheid en de rol van de factor vertrouwen – maar ook het feit dat sprake is van een contract – maken dat meerderheidsdenken niet uitgangspunt is: veelal zal zeker bij beschikkingshandelingen de eis van unanimiteit gelden.

Niet staat hierbij de aanduiding ‘ledenverhouding’, die als oppervlakkige aanduiding voor de vorm voor iedere mogelijk betere (‘gezamenlijkheid’, ‘ledenvergadering’, ‘joint control’,⁹⁵⁷ ‘eenheid’)⁹⁵⁸ kan worden ingewisseld, voorop, maar de inhoudelijke betekenis en rechtsgevolgen ervan. De term is gekozen omdat ze – zoals al opgemerkt – aansluit op eerder in dit boek gemaakte keuzes. Het gaat dus niet om een eenmalig cont(r)act, maar om het voeren van beleid en om de mogelijkheid van het voeren van beleid, en in het bijzonder beleid dat vermogensrechtelijk relevant is – waarbij geldt dat ook het niet-voeren (nalaten) van beleid – als toch uitdrukking van beleid (doen en nalaten kan beiden onrechtmatig zijn) – vermogensrechtelijk relevant kan zijn.

In plaats van de term ‘ledenverhouding’ wordt *niet* de term ‘samenwerking’ gebruikt, enerzijds omdat dit begrip een zekere beslotenheid suggereert, maar ook omdat het begrip samenwerking een feitelijke betekenis heeft die door het gebruik van de term ‘besloten ledenverhouding’ in het model wordt uitgesloten. Feitelijke samenwerking kan in het model op meerdere niveaus, intern en extern, horizontaal, vericaal en diagonaal plaatsvinden. Samenwerking komt in de praktijk ook buiten het model in allerlei varianten voor.

De ledenverhouding kan besloten zijn en vaak zal dat het geval zijn omdat voor het gezamenlijk voeren van beleid de hoedanigheid van de persoon waarmee dat gebeurt doorgaans relevant is. Voor het gezamenlijk voeren van beleid is een besloten verhouding in de zin van persoonsgebonden samenwerking echter niet noodzakelijk – zoals de open N.V. laat zien. Omgekeerd wordt een besloten verhouding in een vennootschapscontext juist gecreëerd om gezamenlijk beleid te kunnen voeren.

⁹⁵⁶ Eggens 1936, p. 392, Van Duuren 2002, p. 12.

⁹⁵⁷ Raaijmakers 2000, p. 69.

⁹⁵⁸ Eggens 1936, p. 392.

Het is – zoals opgemerkt – noodzakelijk onderscheid te maken naar beide fenomenen vanwege de verschillende rechtsgevolgen.

Het besloten karakter van een maatschap heeft betekenis in de interne verhoudingen, het gaat om de persoon en het staat daardoor de deelgenoten in afwijking van de hoofdregel ook niet vrij om over het aandeel in de gemeenschap (lees: goederengemeenschap) te beschikken bijvoorbeeld door het aan willekeurige derden over te dragen, en het heeft zelfs betekenis in de externe verhoudingen, waardoor het privéschuldeisers niet vrij staat het aandeel in de gemeenschap uit te winnen. Het persoonlijke is zo sterk dat het het goederenrechtelijke overheerst.

Het rechtsgevolg van het (gezamenlijk) voeren van vermogensrechtelijk beleid dat bij rechtspersonen gaat om beleid ‘over, voor of ten behoeve van een ander’ ligt uiteraard heel anders. Van het voeren van beleid ‘over, voor of ten behoeve van een ander’ en van daaraan verbonden rechtsgevolgen is in vennootschaps- en rechtspersonenrechtelijke verhoudingen sprake in allerlei varianten. Zo voert een moedermaatschappij centrale leiding over in de groep verbonden vennootschappen. Vanuit modern ‘governance’-perspectief zal het bestuur van de moeder daarover verantwoording hebben af te leggen aan de eigen aandeelhouders.⁹⁵⁹ Zoals ook het bestuur en een eventuele raad van commissarissen van de dochter afwegingen conform de eigen taakstelling te maken hebben bij door de moeder gegeven aanwijzingen.⁹⁶⁰ Het voeren van vermogensrechtelijk beleid als aandeelhouder ‘op afstand’ of juist niet, heeft rechtsgevolg. Ook het niet voeren van beleid kan leiden tot bepaald rechtsgevolg.⁹⁶¹ Zoals al opgemerkt komt paragraaf 1.5 hierop terug.

Met de vorming van een besloten ledenverhouding die strekt tot gezamenlijke beroeps-of bedrijfsuitoefening, althans het nemen van strategische beslissingen betreffende de inrichting en structuur daarvan, worden – zoals in de vorige paragraaf al opgemerkt – de zeggenschapsrechten strekkende tot het voeren van gezamenlijk beleid als het ware in die verhouding ‘ingebracht’ dan wel verondersteld daarin te zijn ingebracht; daaraan in zekere zin geacht te zijn ‘ondergeschikt’ gemaakt. Consensus en doelgebondenheid creëren daarbij in die *besloten ledenverhouding* als in een maatschap een langer durende wederzijdse afhankelijkheid voor de vennoten van het welslagen van de samenwerking voor inkomen en vermogen op de in hoofdstuk 2, paragraaf 3 beschreven manier.

Zij zijn daarin de uiteindelijke zeggenschapshouders.

⁹⁵⁹ Van der Sangen 2009, p. 147. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (*Ogem II (Omega Project B.V.)*), OK 15 juni 2011, ARO 2011, 97 (*Rickley*).

⁹⁶⁰ OK 13 maart 2003, ARO 2003, 47 (*Corus*).

⁹⁶¹ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (*Ogem II (Omega Project B.V.)*), OK 15 juni 2011, ARO 2011, 97 (*Rickley*).

De inhoudelijke wijze waarop de zeggenschapsrechten in de ledenverhouding worden uitgeoefend is daarbij essentieel, maar ook hoe de leden zich ten behoeve van de vennootschap – feitelijk en/of als bestuurder (B. en D.) – inzetten. Ook wegens de ongrijpbaarheid van de prestatie – waarbij vertrouwen de grote, geschetste, rol speelt – is het wederzijds ('do ut des') dus in de horizontale relatie inleveren van een zekere autonomie een bijzonder gegeven, op de wijze als hierboven omschreven in hoofdstuk 1, paragraaf 1.3 en 4.2.

Ook B. en D. leveren als bestuurder/opdrachtnemers zekere persoonlijke autonomie, c.q. mogen verondersteld worden zekere autonomie in te leveren, op de wijze als bedoeld in hoofdstuk 1, paragraaf 1.1.2, door aanvaarding van de opdracht van A., B., C. en D. om het bestuur te voeren over de onderneming. Zij worden geacht niet meer in het eigen belang te handelen, maar wat de opdracht betreft in dat van de opdrachtgevers en dat van de vennootschap. B. en D. krijgen er ook vrijheid voor terug. Dat laat hoofdstuk 2, paragraaf 3 zien.

Tot slot van deze paragraaf drie kanttekeningen: de vraag rijst of een besloten ledenverhouding door partijen schriftelijk moet worden aangegaan of ook stilzwijgend en mogelijk ook uit feitelijke gedragingen kan worden afgeleid.⁹⁶² Daarover gaat paragraaf 1.4.

Voorts komt in de idee van de besloten ledenverhouding de bijzondere persoonsgebonden beroeps- of bedrijfsmatige betrokkenheid van A., B., C. en D. tot uitdrukking die maakt dat zij in versterkte mate door de goede trouw jegens elkaar gebonden zijn. De term goede trouw wordt in het model gebruikt ter onderscheiding van de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 lid 1 BW. Goede trouw opgevat als 'versterkte' goede trouw ('uberrimae fidae') wordt in het model gereserveerd voor de samenwerking binnen besloten ledenverhoudingen, ter onderscheiding van de redelijkheid en billijkheid.⁹⁶³

Ten derde moet hier voor B.V. of 'N.V.-quasi V.O.F.' de traditioneel institutionele benadering als vastgelegd in artikel 2:107/217 lid 1 BW in relatie tot het Forumbank arrest⁹⁶⁴ in aanmerking worden genomen. Dat stelt – zoals al opgemerkt in hoofdstuk 1, paragraaf 4.5 – grenzen aan de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering ten opzichte van het bestuur en dus aan de positie van

⁹⁶² Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2009, JOR 2009, 315, nt. Stokkermans en HR 2 september 2011, NJ 2012, 75 (*dierenartspraktijk*), nt. Van Schilfgaarde.

⁹⁶³ Overigens niet in afwijking van Maeijer waar hij naar aanleiding van het *Mante*-arrest schrijft: 'De H.R. spreekt niet over eisen van de goede trouw, maar over eisen van redelijkheid en billijkheid. Naar mijn mening wordt hiermee hetzelfde bedoeld. De redelijkheid en billijkheid, en de goede trouw verwijzen naar dezelfde normen van ongeschreven recht.' Maeijer 1964/1965, p. 167. Ook Rijken 1994, p. 1 e.v. Goede trouw wordt hier dus gedefinieerd als 'versterkte' redelijkheid en billijkheid.

⁹⁶⁴ HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 (*Forumbank*).

de individuele aandeelhouder. Aan de andere kant zijn het juist de bijzondere betrokkenheid en bijzondere belangen van de individuele aandeelhouder die hem bijzondere ook via artikel 2:8 BW tot uitdrukking komende positie kunnen geven – opnieuw: de diagonale variant.

1.3.4 Rechtsdrager

Vervolgens wordt in het model aan deze tweedeling tussen maatschap als besloten ledenverhouding en maatschap als goederengemeenschap nog een derde laag toegevoegd. Er wordt vanuit gegaan dat artikel 7A:1655 BW een uitsluitend interne betekenis kan hebben, maar dat er natuurlijk ook vennootschappen zijn die omwille van hun externe kenmerken (handelen onder gemeenschappelijke naam, etc.) bepaalde rechtsgevolgen voor zichzelf en de daarin verbonden personen, in de standaardsamenwerking A., B., C. en D., constitueren. Hierop ging hoofdstuk 1, paragraaf 2.2 e.v. al in.

Deze externe, uiterst belangrijke component, is in artikel 7A:1655 BW, het eerste artikel van Titel 9 van Boek 7A BW, niet terug te vinden en krijgt pas in het vervolg van de titel, vanaf artikel 7A:1665 BW aandacht, en dan alleen nog maar in zijn consequenties voor de interne verhoudingen. Heel duidelijk zijn natuurlijk wat die externe betekenis betreft wel de artikelen 7A:1679 tot 1682 BW voor de (stille en openbare) maatschap en de artikelen 16 e.v. WvK voor de V.O.F. als het gaat om de regels rond uit de wet voortvloeiende vertegenwoordiging en hoofdelijke aansprakelijkheid voor de vennoten van een V.O.F.⁹⁶⁵

Ter duiding van deze derde laag worden, Raaijmakers volgend,⁹⁶⁶ in de modelmatige benadering – dus nog steeds om zoveel mogelijk een goede vergelijking met een B.V. te kunnen bewerkstelligen – de openbare maatschap en de V.O.F. ‘rechtsdrager’ genoemd. Deze benadering beschouwt de V.O.F. als zodanig drager van alle (eigendoms)rechten betreffende goederen (zaken en vermogensrechten) die gezamenlijk de onderneming vormen. Ook dit is een parallel die met een B.V. te trekken is, ware het niet dat de uitspraak van de Hoge Raad inzake *Kersten/Mantel*,⁹⁶⁷ waaraan reeds kort gerefereerd werd in paragraaf 4 van hoofdstuk 1, roet in het eten lijkt te gooien. De Hoge Raad overweegt in het arrest, het zij ten behoeve van de lezer herhaald:

‘dat toch een vennootschap onder firma niet is een afzonderlijke rechtspersoon, doch is de benaming van hare gezamenlijke leden in hun vennootschappelijk verband, welke leden de dragers van de rechten en verplichtin-

⁹⁶⁵ Zie voor een heldere uiteenzetting voor de situatie bij de OV volgens het ingetrokken Ontwerp 7.13 BW en de daarbij te plaatsen kanttekeningen Hamers & Schwarz 2011, p. 14 e.v.

⁹⁶⁶ Raaijmakers 2009/1, 2012/1 en 2012/2.

⁹⁶⁷ HR 8 april 1937, NJ 1937, 640.

gen der handelsvennootschap zijn; dat mitsdien degeen, die in dienst heet te zijn van een vennootschap onder firma, in werkelijkheid in dienst is van ieder der vennoten.'

Om in het model de samenwerking in Lipsum V.O.F. zoveel mogelijk te kunnen gelijkschakelen met een samenwerking in een B.V. wordt de betekenis van dit arrest geëcarteerd door de regel uit het arrest dat een werknemer geacht moet worden in dienst te zijn van ieder der vennoten te vervangen door de regel dat de aan de door de vennootschap gedreven onderneming verbonden werknemers in dienst zijn van de rechtsdrager Lipsum V.O.F. Hierbij wordt ervan uit gegaan dat deze inbreuk op de regel van *Kersten/Mantel* wordt gecorrigeerd doordat naast de rechtsdrager de vennoten hoofdelijk verbonden zijn jegens de werknemers voor een goede nakoming van alle op de rechtsdrager rustende verplichtingen.⁹⁶⁸ Qua uitwerking voor en bescherming van de werknemers maakt dit geen verschil.

Uitgangspunt hierbij is dat de betekenis van het fenomeen rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:5 BW, zoals in hoofdstuk 2 paragraaf 4 beschreven, belangrijk is, maar beperkt, want zeer eindimensionaal – het gaat alleen om het zelfstandig dragerschap van rechten en plichten. Uitgangspunt is voorts dat de bescherming van derden – zoals bij de informele vereniging – niet zozeer ligt in de authentieke oprichtingsakte, maar in de rem op het lichtvaardig aangaan van verplichtingen gelegen in de persoonlijke aansprakelijkheid.

Voorts volstaat ter bescherming van derden de inschrijving in het handelsregister gehouden door de Kamer van Koophandel met de bekende gevolgen van artikel 29 WvK als helemaal niets ingeschreven wordt. Het is onjuist de bescherming die het maatschappelijk verkeer ontleent aan het feit dat de notaris zich bemoeit met de oprichting van een B.V. te beschouwen als een 'constitutieve eis' voor de erkenning van rechtspersoonlijkheid⁹⁶⁹ – hierop komt paragraaf 1.3.7 hierna nog terug. Dat de notaris zich in het systeem bemoeit met een akte van oprichting kan terecht zijn en is waarschijnlijk terecht,⁹⁷⁰ maar is een onzuiver argument voor zowel de toekenning van rechtspersoonlijkheid als voor de geslotenheid van het systeem van Boek 2 BW. Voor de informele vereniging geldt zij als eis voor het bezit van rechtspersoonlijkheid in ieder geval niet.

⁹⁶⁸ Eggens 1936, p. 398.

⁹⁶⁹ Ook NGB, Nota omtrent ontwerp Titel 7.13 nieuw BW personenvennootschap, 30 september 1998, p. 2. Anders Maeijer 1973, p. 411, anders ook Boschma & Mathey-Bal 2012, p. 227/228. Zie over de vormvoorschriften bij OV en OVR Zaman 2010, p. 64 e.v.

⁹⁷⁰ Ook Maeijer 1973, p. 411, NGB, Nota omtrent ontwerp Titel 7.13 nieuw BW personenvennootschap, 30 september 1998, p. 2, Boschma & Mathey-Bal 2012, p. 227/228, Zaman 2012, p. 32.

Verschil bestaat wel als ‘Lipsum’ openbare maatschap zou zijn, wegens de daaruit alsdan voortvloeiende aansprakelijkheid van de vennoten voor gelijke delen.⁹⁷¹ Dit betekent dat het risico van insolventie van een van de vennoten daardoor – in tegenstelling tot bij de V.O.F.⁹⁷² – bij de werknemers komt te liggen. Rem op het lichtvaardig aangaan van verplichtingen jegens werknemers blijft evenwel de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten naast de openbare maatschap als rechtsdrager.

De idee van het rechtsdragerschap van openbare vennootschap en V.O.F. bestrijkt aldus alle rechten en verplichtingen, inclusief genot van goederen en arbeid – die als thema’s eerder geparkeerd werden en waarop nog zou worden terugkomen – en goodwill.⁹⁷³ Zulks dus zonder afbreuk te doen aan de aansprakelijkheid der vennoten, maar dan wel in subsidiaire zin. Op deze subsidiariteit wordt hieronder ook nog teruggekomen.

Deze benadering wordt niet alleen geoorloofd, maar ook geboden geacht doordat de V.O.F., net als een openbare maatschap, nu eenmaal niet enkel contract is, maar een verband met een zekere zelfstandigheid.⁹⁷⁴ Intern kan dit leiden tot aansprakelijkheid van de vennoten voor de nakoming van verplichtingen onder meer die tot inbreng van geld, goederen, genot van goederen of arbeid jegens de rechtsdrager: de vennootschap.

Extern is de aanduiding rechtsdrager niet bezwaarlijk doordat voorwaarde voor rechtsgeldige vertegenwoordiging van de rechtsdrager bij een maatschap is de aanwezigheid een daartoe strekkende volmacht,⁹⁷⁵ terwijl deze voorwaarde bij de V.O.F. direct uit de wet voortvloeit.⁹⁷⁶ Artikel 7A:1682 BW bepaalt in lijn hiermee dat:

‘indien een der vennoten in naam van der maatschap eene overeenkomst heeft aangegaan, de maatschap de uitvoering daarvan kan vorderen.’

De wet veronderstelt zelf dus al dat maatschap meer is dan de enkele contractuele relatie. In het perspectief van de historie sinds het Romeinse recht komt deze opmerking neer op het intrappen van een open deur. De bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de maatschap of V.O.F. strekt tot toerekening van rechtshandelingen aan de maatschap of V.O.F. als rechtsdrager c.q. tot de verhaalsverbon-

⁹⁷¹ Artikel 7A: 1680 BW.

⁹⁷² Artikel 18 WvK.

⁹⁷³ Vgl. Hof ’s-Hertogenbosch 28 juli 2009, JOR 2009, 315, nt. Stokkermans (*dierenartspraktijk*), r.o. 4.85: ‘*sprake was van inbreng van de goodwill, en zelfs dat de goodwill uiteindelijk is gaan ‘toebehoren’ aan de maatschap*’.

⁹⁷⁴ Zie hoofdstuk 2 paragraaf 4.

⁹⁷⁵ Artikel 7A:1679 BW.

⁹⁷⁶ Artikel 17 lid 1 WvK.

denheid van het gezamenlijke aan de maatschap of V.O.F. als rechtsdrager verbonden vermogen, onverlet latende de aansprakelijkheid der vennoten zelf.

Eigenlijk vloeit het idee van het rechtsdragerschap en de er aan verbonden consequenties al voort uit het arrest van de Hoge Raad inzake *Boeschoten/Besier*⁹⁷⁷ waarin de Hoge Raad overweegt:

'het vermogen dat de vennoten afzonderen om daarmee handel te drijven, is een afgescheiden gedeelte van hun vermogen met een bepaalde bestemming, waaraan dit moet blijven beantwoorden zolang de vennootschap duurt, van welk afgescheiden vermogen de vennoten tegenover elkander de verdeling niet kunnen vorderen vóórdát de schulden der vennootschap zijn voldaan. Bij ontbinding van een vennootschap komen degenen die met haar hebben gehandeld, niet te staan tegenover een schaduwbeeld, doch kunnen zij hun vorderingen doen gelden op de baten van deze vennootschap. (onderstreping P)

en vervolgens uit de arresten van de Hoge Raad inzake *De Gouw/De Hamer*:⁹⁷⁸

'De vennootschapscrediteuren hebben tegen ieder der firmanten twee samenlopende vorderingsrechten, t.w. een vorderingsrecht tegen de gezamenlijke vennoten, dat verhaalbaar is op het vennootschappelijk vermogen en waartegen de vennoot de hem persoonlijk toekomende verweermiddelen niet kan aanvoeren, en daarnaast een vorderingrecht tegen den vennoot persoonlijk. Een crediteur die veroordeling vordert van de vennootschap, doet slechts het eerstbedoelde vorderingsrecht gelden, zodat het vonnis, waarbij deze vordering wordt toegewezen, slechts op het vennootschappelijk vermogen kan worden ten uitvoer gelegd.'

en *Moret, Gudde, Brinkman*:⁹⁷⁹

'Blijkens de toelichting heeft de wetgever, door in de nieuwe redactie niet meer te reppen van de maatschap, weliswaar tot uitdrukking willen brengen dat de maatschap, anders dan de vennootschap onder firma niet als zodanig eisende en verwerende in rechte kan optreden, maar niet beoogd uit te sluiten dat, indien ten behoeve of ten laste van een maatschap - in wezen door of ten laste van de gezamenlijke vennoten - een vordering in rechte wordt ingesteld, in die gevallen waarin die maatschap op een voor derden duidelijk kenbare wijze onder een bepaalde naam aan het rechtsverkeer deelneemt, in de dagvaarding die naam wordt vermeld in plaats

⁹⁷⁷ HR 26 november 1897, W. 7074 (*Boeschoten/Besier*).

⁹⁷⁸ HR 18 december 1959, NJ 1960, 121 (*De Gouw/De Hamer*).

⁹⁷⁹ HR 5 november 1976, NJ 1977, 586 (*Moret, Gudde, Brinkman*).

van de namen der afzonderlijke vennoten. In toenemende mate nemen maatschappen, aangegaan tussen een groot aantal vennoten onder een bepaalde naam aan het verkeer deel, zodat evengenoemde wijze van dagvaarden door en van zodanige maatschappen tegemoet komt aan de behoeften der praktijk. Na dagvaarding op vorenomschreven wijze kan de tegenpartij, die wenst te weten wie in wezen eisende of verwerende als partijen onder de gevoerde naam optreden, verlangen dat namens de maatschap de namen en woonplaatsen van de vennoten worden medegedeeld.'

welke drie arresten rechtsgevolgen verbinden aan het optreden onder gemeenschappelijke naam, ieder op eigen wijze.

Het enige dat als bouwsteen voor het rechtsdragerschap in deze arresten ontbreekt is een verwijzing naar het subsidiaire karakter van de aanspraken op de vennoten persoonlijk, waartoe zeker grond bestaat, al was het maar op basis van artikel 6:2 BW, de objectieve redelijkheid en billijkheid.⁹⁸⁰ Onderbouwing is dan vooral gelegen in de 'bestemming' of de idee dat waar aan 'de voorkant' van het onder gemeenschappelijke naam optreden de vennootschapsschuldeisers niet geconfronteerd mogen worden met een schaduwbeeld, de vennoten zelf aan 'de achterkant' er vanuit mogen gaan dat eerst de openbare maatschap of V.O.F. gesommeerd wordt en dan pas de vennoten op hun persoonlijke verbondenheid kunnen worden aangesproken. De aanspraken van derden worden zo geplaatst waar ze 'thuis horen'. Dat is juridisch logische consequentie van de idee van 'bestemming', een te respecteren belang, en in het model wordt van deze idee uitgegaan.

Bij het EESV geldt al als positief recht dat het EESV rechtspersoon is,⁹⁸¹ haar leden hoofdelijk aansprakelijk,⁹⁸² maar pas nadat schuldeisers het EESV hebben aangesproken.⁹⁸³ Het model gaat er dus vanuit dat dit uitgangspunt van subsidiariteit ook voor de V.O.F. en de openbare maatschap geldt. Gedurende het bestaan van de V.O.F. en openbare maatschap als gebonden strevingsgemeenschap wordt daarom over de V.O.F. en de maatschap als (de bestemde) rechtsdrager gesproken. Eerst na ontbinding kunnen scheiding en deling de consequentie hebben dat vermogen aan de vennoten wordt toegedeeld. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat de vennoten in vennootschapsverband onder gemeenschappelijke naam kunnen optreden, als zodanig kunnen dagvaarden en gedag-

⁹⁸⁰ Vgl. A.C. van Schaick (Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012), nr. 58, Strekking van de overeenkomst van borgtocht.

⁹⁸¹ Artikel 3 lid 1 Uitvoeringswet EESV.

⁹⁸² Artikel 24 lid 1 Vo. EESV.

⁹⁸³ Artikel 24 lid 2 Vo. EESV.

vaard kunnen worden en dat vennootschapsschuldeisers op haar goederen ook beslag kunnen leggen.⁹⁸⁴

1.3.5 *B.V. als 'voorwaardelijk' rechtsdrager*

Ook een B.V. is vanzelfsprekend conform artikel 2:5 BW drager van rechten verplichtingen, rechtsdrager, zij het dat in het model in de benadering van de B.V. als rechtsdrager voornoemde subsidiariteit anders uitwerkt.

Als uitwerking van de idee van subsidiariteit beschouwt het model de wettelijke regels die voorwaarden stellen aan de niet-aansprakelijkheid van bestuurders en de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders, voor bestuurders neergelegd in artikel 2:5 jo 2:130/240 BW en voor aandeelhouders in artikel 2:64/175 lid 1 BW. Die regels hebben een voorwaardelijk karakter, want Boek 2 BW 'geeft' en 'neemt', onder meer doordat op het niet inacht nemen of toepassen van wettelijke hoofdregels evenzo vaak de sanctie van de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder of aandeelhouder staat.

Uitgangspunt in deze benadering is die niet-aansprakelijkheid door bestuurders kan worden genoten mits een aantal regels in acht wordt genomen: tegenover de niet inschrijving van de B.V. in het handelsregister gehouden door de Kamer van Koophandel staat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder zolang de inschrijving niet is geschied.⁹⁸⁵ Aan het uitblijven van storting van het minimumkapitaal werd tot 1 oktober 2012 hetzelfde gevolg verbonden.⁹⁸⁶ Tegenover het verzuim van de administratieplicht staat in geval van faillissement de gevolgtrekking dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Wordt het vermoeden niet weerlegd dan zijn de bestuurders aansprakelijk voor het tekort in de boedel.⁹⁸⁷

Hetzelfde geldt bij verzuim van de publicatieplicht. Geeft de jaarrekening een misleidende voorstelling van zaken dan leidt dat tot persoonlijke aansprakelijkheid jegens schuldeisers die daardoor schade hebben geleden. Op deze wijze geeft het *B.V.-recht* (en niet het rechtspersonenrecht) aan de rechtspersoon normatieve lading. Blijvende niet-aansprakelijkheid moet in deze benadering door de betrokken bestuurders worden verdiend. Analoog geldt dit ook bij de toepassing van artikel 2:403 BW: tegenover het niet publiceren van de jaarrekening van de dochter- staat de hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden uit rechtshandelingen van de moeder maatschappij.

⁹⁸⁴ HR 18 december 1959, NJ 1960, 121 (*De Gouw/De Hamer*) en HR 5 november 1976, NJ 1977, 586 (*Moret, Gudde, Brinkman*).

⁹⁸⁵ Artikel 2:180 lid 1 en lid 2 sub a BW.

⁹⁸⁶ Artikel 2:180 lid 2 sub b en c BW.

⁹⁸⁷ Artikel 2:138/248 lid 1 en 2 BW.

Als aan alle wettelijke regels is voldaan geldt voor bestuurders die niet-aansprakelijkheid willen genieten, nog de eis te handelen in overeenstemming met de maatschappelijke of vennootschappelijke zorgvuldigheid met als belangrijkste exponent in extern opzicht de bekende *Beklamel*-norm⁹⁸⁸ en in intern opzicht de *Debrot*-norm.⁹⁸⁹ Of zoals A-G Mok in de *Chipshol/Forward*-zaak, citerend de raadsman van Chipshol, schrijft:

*‘de bepalingen van Boek 2 BW hebben niet de strekking de toepasselijkheid van artikel 6:162 BW uit te sluiten.’*⁹⁹⁰

Eerder geldt nog het omgekeerde: de bepalingen van Boek 2 BW zijn via onze wetgever uitdrukkingen van hoe ‘wij’ betamelijk gebruik van een rechtspersoon zien. Vanzelfsprekend ligt daar de norm van de maatschappelijke betamelijkheid overheen. Het vormt ook precies de reden om notarissen, studenten en anderen bij vragen over allerlei ‘constructies’ de lakmoesproef van het faillissement voor te houden: zich steeds in te beelden hoe een curator de voorgestane constructie zal beoordelen.

Tegelijk geldt dat in hoe ‘wij’ betamelijk gebruik van een rechtspersoon zien ook verdisconteerd is dat te snel aansprakelijk houden van bestuurders leidt tot te defensief handelen van bestuurders.⁹⁹¹ Ondernemen blijft risico nemen en risico kunnen nemen.

Voor aandeelhouders geldt dat zij beperkt aansprakelijk zijn tot het nominale bedrag van het aandeel,⁹⁹² dat zij gehouden zijn het nominale bedrag van hun aandelen vol te storten⁹⁹³ – onder het systeem tot 1 oktober 2012 tot het bedrag van het minimumkapitaal –, dat volstorting van het aandeel door de aandeelhouders aan hen door de vennootschap en door de curator in haar faillissement kan worden gevraagd.⁹⁹⁴ Voorts geldt dat de aandeelhouders niet gehouden zijn in

⁹⁸⁸ HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (*Beklamel*), HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/x*), Hof Amsterdam 3 juli 2012, JOR 2012, 283, nt. Van Thiel (*Van den Boogert/Wanders Coatings*), Rechtbank 's-Hertogenbosch 11 juli 2012, JOR 2012, 284, nt. Olden (*Kemkens/Maas*), HR 23 november 2012, LJN BX5881, RvdW 2012, 1473, concl. A-G Timmerman (*Costa Blanca*). Ook Van der Sangen 2012/1, p. 65.

⁹⁸⁹ HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543 (*Debrot*), HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/BPF*) en HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen Beheer*).

⁹⁹⁰ HR 29 november 1996, NJ 1997, 345, concl. Mok, nt. Maeijer (*Van Andel/Chipshol Forward*), onder 2.2.4.2.

⁹⁹¹ HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/x*) en concl. A-G Timmerman onder 4 e.v. bij HR 23 november 2012, LJN BX5881, RvdW 2012, 1473 (*Costa Blanca*).

⁹⁹² Artikel 2:175 lid 1 en 192 BW.

⁹⁹³ Artikel 2:178 lid 2 BW.

⁹⁹⁴ Artikel 2:193 BW.

de verliezen van de vennootschap bij te dragen.⁹⁹⁵ Overlet alle overige uit de statuten voortvloeiende verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard.

Fenomenen als onderkapitalisatie, schijn van kredietwaardigheid,⁹⁹⁶ vermogensvermenging, verzuim van vennootschappelijke normen,⁹⁹⁷ selectieve betaling,⁹⁹⁸ betalingsonwil,⁹⁹⁹ misbruik van zeggenschap, misbruik van identiteitsverschil,¹⁰⁰⁰ schending van zorgplicht jegens schuldeisers bij intensieve bemoeienis¹⁰⁰¹ leiden desalniettemin tot ‘lifting’ van de ‘corporate veil’ (de opheffing van de principiële, maar in deze benadering voorwaardelijke beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders en de principiële, maar voorwaardelijke niet-aansprakelijkheid van bestuurders). Beperking van aansprakelijkheid bij betrokkenheid van een aandeelhouder die verder gaat dan de standaard afstand waar de wet vanuit gaat, is in deze benadering te zien als een ‘voorrecht’.¹⁰⁰²

De aandeelhouder ‘geniet’ standaard beperkte aansprakelijkheid, maar moet wel ‘op standaard afstand’ blijven. Of zoals Noldus schreef¹⁰⁰³ onder verwijzing naar het statutaire doel, welke verwijzing gemakkelijk met een verwijzing naar het vennootschappelijke belang onder toepassing van de vennootschappelijke betamelijkheid in intern en extern opzicht kan worden uitgebreid:

‘Zowel aandeelhouders als derden hebben er recht op te weten of het afgescheiden vermogen ook werkelijk tot dat doel (in dat belang en betamelijk, toevoeging P) wordt aangewend.’

Aan deze normatieve benadering kunnen worden toegevoegd ontwikkelingen op het gebied van de zogenaamde ‘business judgment rule’¹⁰⁰⁴ en de idee van risicobeheersing en controle.¹⁰⁰⁵ Een tendens die door de invoering van de flex-B.V. wordt versterkt, hetgeen mede laat zien dat de afschaffing van kapitaalbeschermingsrecht qua betekenis beperkt is. B.V.-recht heeft daardoor als het gaat om waartoe bestuurders, commissarissen en aandeelhouders gehouden zijn in de loop der tijd een veel nadrukkelijker normatieve lading gekregen.¹⁰⁰⁶ In termen

⁹⁹⁵ Artikel 2:175 lid 1 BW.

⁹⁹⁶ HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/x*), waarover Assink 2012.

⁹⁹⁷ Roelvink 1977, p. 26.

⁹⁹⁸ HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (*Coral/Stalt*).

⁹⁹⁹ HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (*Van Waning/Van der Vliet*) en HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (*Romme/Bakker*), HR 26 maart 2010, NJ 2010, 189, concl. A-G Timmerman (*ING/Z.*).

¹⁰⁰⁰ HR 27 februari 2009, NJ 2009, 318 (*X./Aerts qq.*).

¹⁰⁰¹ HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (*Sobi/Hurks II*), Huizink 2010, Assink 2012.

¹⁰⁰² Noldus 1969, p. 135.

¹⁰⁰³ Noldus 1969, p. 135.

¹⁰⁰⁴ Raaijmakers & Van der Schee 2010, Raaijmakers 2012/2, p. 114.

¹⁰⁰⁵ Artikel 2:141/251 lid 2 BW.

¹⁰⁰⁶ Vgl. Raaijmakers & Roelvink 1977.

van denken in positieve gehoudenheden is dit niet een onverwachte ontwikkeling, gelet op de veelzijdige inzet van rechtspersonen.

Het heeft betekenis voor de verantwoordelijkheid van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders, maar niet zonder meer ook dezelfde of even grote betekenis voor de externe aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders, waarvoor ernstige verwijtbaarheid beoordeeld naar het moment van handelen als hoofdregel nog steeds vereiste is. Wel lijken die ontwikkelingen een verschuiving in termen van bewijslastverdeling bij aansprakelijkheidsprocedures tot gevolg te kunnen en moeten hebben op de wijze als hierboven al uiteengezet.¹⁰⁰⁷ Hetzelfde geldt voor en door de toepassing van de ‘business judgment rule’.

In het *Costa Blanca*-arrest¹⁰⁰⁸ liet de Hoge Raad de zienswijze van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch in stand dat het tot twee keer toe nalaten van een bestuurder een gegadigde koper over feiten en risico's te informeren zodanig verwijtbaar was dat deze de schending van een *rechtstreekse* zorgvuldigheidseis inhield. Dus niet de schending van een zorgvuldigheidsnorm ‘als bestuurder’ in een *Beklamel*-benadering. ‘Normale’ onrechtmatige daadsmaatstaven golden en niet de bekende bestuurdersaansprakelijkheidsnormen werden toegepast. Verklaring kan zijn dat sommig onrechtmatig handelen zich zover van het bereik van wat in het maatschappelijk verkeer normaal gesproken aan de rechtspersoon wordt toegerekend beweegt en met name van wat een bestuurder in redelijkheid nog mag verwachten (namelijk dat zijn in hoedanigheid handelen aan de vennootschap wordt toegerekend), dat rechtstreekse aansprakelijkheid ‘buiten om’ aan de orde is. Omdat de gedragingen van de bestuurder door het Hof desondank toch ook werden toegerekend aan de vennootschap (omdat ze in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de vennootschap konden worden aangemerkt), kan geconcludeerd worden dat de bestuurder in deze situatie kennelijk zodanig niet verdiende bescherming te ontnemen aan het handelen ‘op naam en ten behoeve van de vennootschap’, dat hij rechtstreeks aansprakelijk werd geacht.

Over het voorgaande is veel meer te zeggen, maar voor het model volstaat dit vooralsnog. Het geeft aan dat de niet-aansprakelijkheid van bestuurders en de beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders ieder een relatief gegeven zijn en ook in het B.V.-recht het bestaan van een zekere externe subsidiariteit – eerst heeft de schuldeiser de rechtspersoon aan te spreken en pas nadien personen die bij zijn organisatie zijn betrokken – vol te houden is, alleen is de benadering en uitwerking anders.

¹⁰⁰⁷ Zie HR 8 december 1995, NJ 1996, 274, concl. Vranken onder 22 (*K./G.S.*).

¹⁰⁰⁸ HR 23 november 2012, LJN BX5881, RvdW 2012, 1473, concl. A-G Timmerman (*Costa Blanca*).

1.3.6 *Afgescheiden vermogen*

Vervolgens kwalificeert op basis van het voorgaande de door de V.O.F. of openbare maatschap als rechtsdrager gedreven onderneming in goederenrechtelijk opzicht als een door consensus,¹⁰⁰⁹ persoon en doel gebonden gemeenschap van een algemeenheid van goederen. Over de aandelen in de gemeenschap kunnen de vennoten eerst beschikken na de ontbinding¹⁰¹⁰ als de strevingsgemeenschap verdelingsgemeenschap is geworden, maar niet dan nadat daarop door de vennootschapsschuldeisers verhaal is genomen, en een privé-schuldeiser kan het aandeel van de deelgenoot in de gemeenschap zolang niet uitwinnen.¹⁰¹¹ Deze gemeenschap kwalificeert voor schuldeisers van de vennootschap onder firma of openbare maatschap en tegenover privé-schuldeisers als een afgescheiden vermogen.¹⁰¹²

Gebonden gemeenschap en afgescheiden vermogen zijn in deze benadering¹⁰¹³ te onderscheiden fenomenen. Dat een stille of openbare maatschap ‘gebonden gemeenschap’ is houdt in dat de deelgenoten individueel niet vrijelijk over hun aandeel in de gemeenschap kunnen beschikken. Privé-schuldeisers van de deelgenoten kunnen het aandeel ook niet uitwinnen. Zaaks-of vennootschaps-schuldeisers, bij de openbare maatschap zijn dat de schuldeisers jegens wie de vennoten gezamenlijk voor schulden van de vennootschap zijn verbonden terwijl de vennoten openlijk onder gemeenschappelijke naam optreden, hebben verhaal op het vennootschapsvermogen. Die schulden gaan daardoor tot de gemeenschap behoren. Wat ontstaat is een verschil in *positie* tussen beide typen schuldeisers.

Bepalend voor het onderscheid tussen beide fenomenen is wat er gebeurt bij de ontbinding van de gemeenschap. In geval van een maatschap kan ontbinding daarvan door de privé-schuldeiser van een vennoot worden bewerkstelligd doordat hij diens faillissement aanvraagt. Op dat moment is volgens artikel 3:193 lid 3 BW een schuldeiser wiens vordering op de goederen van de gemeenschap kan worden verhaald – dus de vennootschapschuldeiser – bevoegd zich tegen verdeling van de gemeenschap te verzetten. Dat ‘zich te kunnen verzetten’ wordt hier beschouwd als onderscheidend voor het fenomeen van het ‘afgescheiden’ vermogen. Er ontstaat niet alleen een verschil in positie, maar ook in *verhaalsvolg-*

¹⁰⁰⁹ Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2009, JOR 2009, 315, nt. Stokkermans en HR 2 september 2011, NJ 2012, 75 (*dierenartspraktijk*), nt. Van Schilfgaarde.

¹⁰¹⁰ Bij onbenoemde gemeenschappen geldt ex artikel 3:175 lid 1 BW dat dit als hoofdregel wel kan.

¹⁰¹¹ Vgl. Pitlo/Cahen, Korte uitleg, p. 69 e.v. en HR 17 december 1993, NJ 1994, 301 (*Van den Broeke/Van der Linden*), nt. Raaijmakers AA 1994, 7/8 en bij onbenoemde gemeenschappen artikel 3:175 lid 3 BW.

¹⁰¹² HR 26 november 1897, W. 7074 (*Boeschoten/Besier*) en de artikelen 3:192 en 193 BW.

¹⁰¹³ Anders Schoordijk 1983, p. 18 e.v.

orde. Het fenomeen ‘gebonden gemeenschap’ alleen leidt nog niet tot een verhaalsvolgorde in vennootschaps- en privéschuldeisers.

De vraag of een *stille* maatschap kan kwalificeren als gebonden gemeenschap moet bevestigend worden beantwoord. Zij kan ook kwalificeren als afgescheiden vermogen.¹⁰¹⁴ Dat volgt uit de wet, waar artikel 3:193 BW geen onderscheid maakt tussen vennootschappen die ‘stil’ zijn of ‘openbaar’ maar alleen consequenties verbindt aan het feit dat schulden tot een gemeenschap behoren. Dat in geval van een stille maatschap schulden tot de gemeenschap behoren vloeit dan niet voort uit het feit dat als eenheid aan het rechtsverkeer wordt deelgenomen,¹⁰¹⁵ maar uit het feit dat in voorkomende gevallen ten behoeve van zo’n stille maatschap door de compagnons toch rechtshandelingen worden aangegaan. Zoals bijvoorbeeld in het geval dat vier bakkers A., B., C. en D. ieder afzonderlijk een winkel drijven en daarnaast gezamenlijk de kosten van een gedeelde werkplaats dragen. Ofschoon de maatschap ‘stil’ is zal de leverancier van ovens aan de werkplaats bij gebondenheid van zowel A., B., C. als D. met succes kunnen volhouden dat diens vordering op de goederen van de stille maatschap bij voorrang kan worden verhaald.

Het model gaat verder uit van de onderneming van de B.V. als een vanuit de optiek van de privéschuldeisers afgescheiden vermogen omdat de materiële consequenties van het feit dat het vermogen ook bij de B.V. een afgescheiden vermogen – wellicht zelfs gelet op de normatieve lading van het B.V.-recht een voorwaardelijk afgescheiden vermogen – wordt genoemd – en in het model niet een ‘eigen’ vermogen –, bij de B.V. niet anders zijn: schuldeisers van de B.V. hebben verhaal op het vermogen van de B.V. en privéschuldeisers van de aandeelhouders en bestuurders niet.

Verskil tussen V.O.F./openbare maatschap en B.V. is natuurlijk wel dat privéschuldeisers ontbinding van de V.O.F./openbare maatschap en daarmee vereffening van het in de onderneming besloten liggende gebonden vermogen kunnen bewerkstelligen door het faillissement van de vennoten in privé aan te vragen, willen zij verhaal kunnen nemen op het in het gebonden en afgescheiden vermogen besloten liggende vermogen van de vennoten individueel. Dat vloeit voort uit het feit dat artikel 7A:1683 sub 4 BW zulks als consequentie bepaalt en vloeit voort uit het per definitie persoonsgebonden karakter van de openbare maatschap/V.O.F. als contract.

Ook dit heeft voor geschillen in de interne verhoudingen geen principiële betekenis.

¹⁰¹⁴ Ook Stokkermans 2012, p. 263.

¹⁰¹⁵ Eggens 1936, p. 188.

De V.O.F. Lipsum als geheel kwalificeert dan als te bestaan uit drie lagen, te weten het niveau van de ‘besloten ledenverhouding’, ten tweede het niveau van de rechtsdrager, de ondernemer, die op basis van het feit dat aan B. en D. de dagelijkse leiding is opgedragen, extern vertegenwoordigd wordt door B. en D., en als anderzijds de gebonden goederengemeenschap, waarin geld, goederen en genot van goederen door de vennoten A., B., C. en D. in gezamenlijke verbondenheid werden ingebracht, uiteindelijk vormende de onderneming die op dezelfde grondslag ‘gestuurd’ wordt door B. en D.

1.3.7 *Rechtspersoon*

Op basis van de in de voorgaande paragrafen behandelde kenmerken – hierna: ‘rechtspersoonlijkheid constituerende kenmerken’ te noemen – zijn de openbare maatschap en de V.O.F. te beschouwen als rechtspersoon.¹⁰¹⁶ Of beter gezegd en aansluitend op bovenstaande: de vennootschap (de samenwerking) is geen rechtspersoon maar de leden in de besloten ledenverhouding bedienen zich van de rechtspersoon.¹⁰¹⁷ Doorslaggevend voor het verlenen van deze kwalificatie is dat die kenmerken grondslag zijn voor de toerekening in het maatschappelijk verkeer van rechten en plichten aan de openbare maatschap en de V.O.F. Het gaat dan om het in het maatschappelijk verkeer ‘kunnen’, ‘mogen’ en ‘moeten’ toerekenen.¹⁰¹⁸

Tegenwerping zal zijn dat noch de Hoge Raad noch de wetgever die rechtspersoonlijkheid tot op heden met zoveel woorden erkent en dat noch notariaat, noch Kadaster, noch Kamer van Koophandel medewerking verleent aan (de inschrijving van) transacties die dit uitgangspunt huldigen.

Een aantal elementen verdient in deze al zo’n veertig jaar bestaande en althans wat betreft de hoognodige aanpassing van Titel 9 van Boek 7A BW verlammen- de en inrichting van één Wetboek Ondernemingsrecht blokkerende tegenstelling aandacht – in samenhang te bezien :

¹⁰¹⁶ Van Schilfgaarde & Van Solinge 1974, p. 14-25. Anders Löwensteyn 1986, p. 17 en p. 31, die dat ook niet als een inbreuk op het gesloten stelsel van privaatrechtelijke rechtspersonen ziet, maar vervolgens wel bezwaar maakt – niet ten onrechte – dat buiten het stelsel rechtspersonen worden gecreëerd. Eggens 1936, p. 392, 395, 409.

¹⁰¹⁷ Grapperhaus 2011, p. 41 die verwijst naar Van Mourik, ‘Agrarische’ *personenvennootschappen, mede in relatie tot de flex-BV*, *Preadvies Verenging voor Agrarisch recht*, in: Tijdschrift voor Agrarisch recht 2010-3, p. 84-94.

¹⁰¹⁸ Van Kempen 1999, Raaijmakers 2009/2, Hamers 2009, p. 158 e.v., anders: Slagter 2012/1, p. 233, Advies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie over de voorbereiding van een wetsvoorstel betreffende titel 7.13 NBW, 3 september 1998, p. 2, Raad voor het Midden- en Kleinbedrijf, reactie in het kader van de voorbereiding van wetsvoorstel titel 7.13 NBW, 28 augustus 1998, p. 8.

- (1) Titel 9 van Boek 7A BW is sterk verouderd.¹⁰¹⁹ Sprake is van archaïsch taalgebruik en sommige bepalingen zijn op Romeins recht herleidbaar;¹⁰²⁰
- (2) met de kritiek die op de modellering van de B.V. naar de N.V. wegens het ontbreken van voldoende aandacht voor besloten verhoudingen mogelijk was¹⁰²¹ en is, met het daaraan tegemoet komen door de invoering van de flex-regeling, maar met het intrekken van Ontwerp Titel 7.13 BW dat als ontwerp al langer dan de al aangehaalde veertig jaren in verschillende varianten heeft bestaan, maar bovenal door de aangehaalde ‘rechtspersoonlijkheid constituerende kenmerken’, kan de geslotenheid van het systeem zoals in Meijers opzet bedoeld¹⁰²² niet serieus worden genomen¹⁰²³ – het is daarbij voorts net als met de kritiek op de wettelijke geschillenregeling en de manier waarop de wetgever daarmee omgaat: aanpassing duurt allemaal veel te lang;¹⁰²⁴
- (3) de vergelijking van personenvennootschap en besloten informele vereniging is vanuit een streven naar eenheid en gelijke behandeling de moeite waard.¹⁰²⁵ Volgens de artikelen 2:26 tot en met 30 BW is de informele vereniging rechtspersoon.¹⁰²⁶ De gang naar een notaris noch het hebben van statuten is daar constitutief voor het zijn van rechtspersoon. Willen bestuurders en leden het voorrecht van niet-aansprakelijkheid *zoveel mogelijk* genieten dan is het aan hen zelf om aan bepaalde formele eisen (notariële akte en statuten) maar ook aan eisen van risicobeheersing en controle te voldoen (zie artikel 2:29 lid 2 en artikel 30 lid 2, 3 en 4 BW).¹⁰²⁷ Dat is een systematiek die bij personenvennootschappen ook volstaat – tenminste als het streven naar eenheid en gelijke gevallen gelijk te behandelen functie heeft;
- (4) denken in termen van onderscheid tussen enerzijds (personenvennootschaps)contract en bijbehorende ‘contractsvrijheid’ en anderzijds Boek 2 BW-rechtspersonen, zo blijkt uit het hoofdstuk 2 en de paragrafen

¹⁰¹⁹ Vgl. themanummers: ‘*Het wetsvoorstel titel 7.13 (personenvennootschap)*’, TvOB 2011-2 en ‘*De toekomst van de personenvennootschap*’ Ondernemingsrecht 2012-6.

¹⁰²⁰ Vgl. Jolles 1932, p. 20-22 en 35, Van der Heijden 1938, p. 535, Matheeußen 1985, Spruit, Bongenaar & Feenstra 1993, I, p. XXIII, II, p. XXXVII e.v. en HR 8 juli 1985, NJ 1986, 538 concl. Moltmaker, nt. Maeijer (*X/Inspecteur*).

¹⁰²¹ Van Schilfgaarde 2003, p. 639 die het gelegenheidswetgeving noemt.

¹⁰²² Artikel 2.1.3 lid 2 van het oorspronkelijke ontwerp Boek 2 BW, Maeijer 1998, p. 2.

¹⁰²³ Raaijmakers 2009/2, p. 73. Vgl. Hamers 2009, p. 159. Anders Zaman 2009, p. 86/87.

¹⁰²⁴ Mohr 2003, p. 3 e.v. en voor een kort overzicht van de ontwikkelingen p. 8 e.v.

¹⁰²⁵ Ook Van der Grinten 1972 (Toelichting Ontwerp Titel 7.13), p. 1089: ‘*een scherpe afbakening is niet te geven.*’

¹⁰²⁶ Zie voor kritiek op dit punt Rensen in Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/7.

¹⁰²⁷ Vgl. Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/22, 23 en 32.

hiervoor, versluiert het zicht op wat personenvennootschappen en ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’ (rechts)werkelijk zijn – namelijk zelfstandige verbanden met vergelijkbare belangenpatronen en afwegingen, of-
schoon soms expliciet contractueel, soms impliciet consensueel en soms statutair geregeld, en soms in combinaties daarvan – ook dat is uitdruk-
king van gelijke gevallen gelijk te behandelen;¹⁰²⁸

- (5) als een informele vereniging geen statuten heeft kan zij niet anders dan gebaseerd kan zijn op consensualiteit.¹⁰²⁹ Die informele vereniging (het personenverband) is rechtspersoon volgens Boek 2 BW; de personenvennootschap (het personenverband) is niet een door Boek 2 BW erkend rechtspersoon. Daar bestaat geen toereikende rechtvaardiging voor. Over het consensuele karakter van maatschap en informele vereniging gaat de volgende paragraaf;
- (6) het winstuitkeringsverbod dat geldt voor de vereniging en uiteraard niet voor personenvennootschappen, noch het feit dat het bij personenvennootschappen steeds ook gaat om inbreng ‘in gemeenschap’ speelt bij toekenning van rechtspersoonlijkheid een die verbanden onderscheidende rol;¹⁰³⁰
- (7) ten opzichte van de reeks maatschap, V.O.F., C.V., flex-B.V., ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’ en coöperatie staat de besloten informele vereniging door het voorgaande ‘links’ van de stille maatschap.¹⁰³¹ Met de voorgaande paragrafen kan worden geconstateerd dat als het gaat om het verdienen van de kwalificatie rechtspersoon de openbare personenvennootschap veel zwaarder is toegerust (eerder ‘verdient’) dan de informele vereniging;
- (8) de informele vereniging kent als pendant de vereniging die bij notariële akte is opgericht, als zodanig is ingeschreven en over statuten beschikt. De personenvennootschap kent als pendant de flex-B.V. (en de ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’);
- (9) internationaal loopt Nederland uit de pas.¹⁰³²

¹⁰²⁸ Duidelijk anders Slagter 2009, p. 95 e.v.

¹⁰²⁹ Asser-Van der Grinten II (de rechtspersoon), p. 211, die de vereniging een samenwerkingsverband van personen noemt, maar tegelijk aantekent dat dit samenwerken in zeer ruime zin moet worden verstaan. Raaijmakers 1988/2, p. 210.

¹⁰³⁰ Vgl. Van der Grinten 1972 (Toelichting Ontwerp Titel 7.13), p. 1089.

¹⁰³¹ Galle 1993, p. 125 e.v. Vgl. Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/1-6.

¹⁰³² Raaijmakers 2009/2, p. 70 e.v., Van Daelen & Huybens 2010, p. 99 e.v.

Ook Maeijer verbindt, onder meer in zijn bijdrage uit 1973 in NJB met als titel *'Vennootschap (Titel 13)'* rechtsgevolgen aan beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking onder gemeenschappelijke naam, de doelverbondenheid, etc., welke rechtsgevolgen hierboven de 'de rechtspersoonlijkheid constituerende kenmerken' werden genoemd.¹⁰³³ Eén gevolg verbond hij als laatste stap niet en dat is de kwalificatie van de openbare vennootschap als rechtspersoon. Dat deed ook het Ontwerp Titel 7.13 BW niet.¹⁰³⁴ In de benadering van Maeijer constitueert – zoals bekend – de voor de notaris te verlijden vennootschapsakte de rechtspersoonlijkheid van de openbare vennootschap in de zin van artikel 2:5 BW.

Het is interessant en voor het onderwerp relevant om met de kennis van 2013 de argumentatie van Maeijer te beschouwen. Dan moet de lezer – om Maeijer voor het vervolg recht te kunnen doen – wel eerst door een wat langer citaat heen. Maeijer:

'In de ontworpen titel 13 (dus het oorspronkelijke ontwerp bewerkt door Van der Grinten¹⁰³⁵, toevoeging P) zijn geen vormvoorschriften opgenomen. Zelfs het vereiste van een authentieke akte of onderhandse akte gesteld voor het aangaan van een v.o.f., is komen te vervallen. In de toelichting op art. 7.13.2.1 wordt gewezen op de moeilijkheid bij de wettelijke eis van een geschrift de bevredigende sanctie te vinden: de sanctie van nietigheid is met het oog op de belangen van derden moeilijk aanvaardbaar. Voorts wordt o.m. opgemerkt dat de v.o.f. niet een zo eigen vennootschapsvorm is, dat hierin voldoende reden zou kunnen worden gevonden om alleen voor de v.o.f. de eis van een geschrift te stellen.

Deze redenering is zwak. Het ontwerp kiest voor een duidelijk onderscheid tussen de openbare vennootschap waaraan rechtspersoonlijkheid wordt toegewezen, en de stille vennootschap die geen rechtspersoonlijkheid bezit. Hoe stelt men zich nu de situatie voor dat een stille maatschap naar buiten als eenheid, onder gemeenschappelijke naam gaat optreden? Komt de rechtspersoonlijkheid dan plotseling opduiken en vindt er een mysterieuze overgang (van rechtswege?) of levering plaats van het (gehele of gedeeltelijke?) vennootschapsvermogen dat aanvankelijk toebehoorde aan de gezamenlijke vennoten en dan, op het onmogelijk precies vast te stellen moment van gedaantewisseling van de vennootschap, plotseling gaat toebehoren of moet worden geleverd aan de rechtspersoon? Over rechtsonzekerheid gesproken! (zowel t.a.v. de positie van de vennoten als t.a.v. die van derden-crediteuren.'

¹⁰³³ Ook Maeijer 1998, p. 4.

¹⁰³⁴ Vgl. Hamers 2009, p. 154 e.v., Maeijer 2003/1, p. 463.

¹⁰³⁵ Het oude artikel 1 van afdeling 2, Titel 13. Van der Grinten 1972 (Toelichting Ontwerp Titel 7.13), p. 1108 e.v., vgl. Hamers 2009, p. 154 e.v.

Maeijer schrijft vervolgens:

*‘Nee, men komt er bij de opzet van het ontwerp alleen maar bevredigend uit wanneer men voor het aangaan van de openbare vennootschap-rechtspersoon de constitutieve eis stelt van een notariële akte, waarin de inbreng van de vennoten in het vermogen van de rechtspersoon op behoorlijke wijze kan worden geregeld.’*¹⁰³⁶

Maeijer koppelt rechtspersoonlijkheid daar dus *niet zondermeer* aan materiële kenmerken hoewel hij wel opmerkt dat het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de V.O.F. en de openbare C.V. met meerdere vennoten in de lijn ligt van hetgeen in de doctrine vaak wordt betoogd namelijk dat met het erkennen van het afgescheiden vermogen de vennootschap een rechtspositie verkrijgt die teneinde naar rechtspersoonlijkheid.¹⁰³⁷ Hij wijst in de NJB-bijdrage ook op het *gevolg* van het toekennen van rechtspersoonlijkheid:

*‘Door het toekennen van rechtspersoonlijkheid bereikt men dat het vennootschapsvermogen niet langer een vermogen is van de vennoten gezamenlijk doch een vermogen is van de rechtspersoon.’*¹⁰³⁸

Maeijer verbindt aan rechtspersoonlijkheid hier natuurlijk terecht het formeel-logische gevolg dat het vermogen dan dus niet aan de vennoten gezamenlijk toebehoort. Maar is het ook een verklaring voor het fenomeen rechtspersoonlijkheid? Is de wens om de problemen rond de geschetste ‘gedaantewisseling’ te voorkomen en inbreng behoorlijk vast te laten leggen door een notaris de verklaring voor het fenomeen rechtspersoon? Dat zou het wellicht zijn als er geen alternatief is.

Dat is er wel – en daar is ook door anderen op gewezen en door Maeijer op zijn beurt verweer tegen gevoerd.¹⁰³⁹

Voor de duidelijkheid: hierboven is een omgekeerde redenering gevolgd, namelijk dat het niet in strikte zin en op basis van positief recht het ‘eigenaar kunnen zijn’ is dat de rechtspersoon onderscheidt, maar de toerekening als gevolg van een aantal factoren – ‘de rechtspersoonlijkheid constituerende kenmerken’ – die bij elkaar genomen één kant opwijzen. Dat de rechtspersoon vervolgens ook eigenaar is, is logisch gevolg. Sterker: de openbare personenvennootschap/rechtspersoon is in het model door die toerekening eigenaar. De wetgever die de personenvennootschap vervolgens rechtspersoon noemt, doet niet anders dan

¹⁰³⁶ Maeijer 1973, p. 411, 1998, p. 8, MvT Ow Titel 7.13 BW, nr. 3, Afdeling 1, artikel I.

¹⁰³⁷ Maeijer 1973, p. 406, 1998, p. 8.

¹⁰³⁸ Maeijer 1973, p. 406, MvT Ow Titel 7.13 BW, nr. 1.1.

¹⁰³⁹ Maeijer noemt in 2003 (Maeijer 2003/2, p. 472) zelf: Raaijmakers, Tervoort en Mohr.

bevestigen wat is, en geeft aan notaris, Kadaster en Kamer van Koophandel comfort.

Is er dan – met de kennis van nu – een brug te slaan tussen denken in termen van toerekening als oorzaak (inhoud) met rechtspersoonlijkheid als gevolg¹⁰⁴⁰ enerzijds en denken in termen van rechtspersoonlijkheid als oorzaak (vorm) en toepasselijkheid van artikel 2:5 BW als gevolg anderzijds? De vraag is hier relevant omdat als ze niet positief beantwoord kan worden denken in termen van interne samenhang en de vraag naar de mogelijkheid van het ontwerp van één geschillenregeling voor een deel theoretisch blijft.

De vraag is bevestigend te beantwoorden. De oplossing ligt voor de hand: het enige wat de wetgever hoeft te doen en ook zou *moeten* doen is de rechtspersoonlijkheid van de stille en openbare maatschap¹⁰⁴¹ en van de V.O.F. bevestigen. Aldus de vorm te laten aansluiten op de inhoud. Van alle mogelijke benaderingen met alle mogelijke kanttekeningen is dit de eenvoudigste en één op één aansluitend op de wettelijke regeling van de vereniging, die ook aansluit op internationale ontwikkelingen.¹⁰⁴²

Waarom geldt dit ook de stille vennootschap? De reden is eenvoudig: omdat het de door Maeijer geschetste problematiek van ‘gedaantewisseling’ oplost¹⁰⁴³ en het verder niet uitmaakt, niet vanuit de positie van de vennoten,¹⁰⁴⁴ niet vanuit de positie van privéschuldeisers en niet vanuit de positie van zaaksschuldeisers. Tenminste als de verbintenisrechtelijke betrekkingen zoals die ook in een traditionele stille maatschap bestaan en het rechtsgevolg van de ontbinding van de vennootschap als gevolg van het faillissement van een der vennoten in stand worden gelaten. Dat sluit aan op wat Maeijer opmerkt:¹⁰⁴⁵

‘de verbintenisrechtelijke betrekking tussen de vennoten onderling worden door de overeenkomst van vennootschap beheerst.’

Sterker nog: het ware beter wanneer de wetgever bevestigt dat stille vennootschap en openbare vennootschap rechtspersoon zijn, maar in situaties van vennootschappen waarin vennoten dat niet inschrijven of dat niet bij akte regelen

¹⁰⁴⁰ Raaijmakers 2009/2, p. 70 e.v., ook Hamers 2009, p. 158 e.v.

¹⁰⁴¹ Ook Mohr 2003, p. 26, Raaijmakers 2009/2, p. 70 e.v.

¹⁰⁴² Raaijmakers 2009/2.

¹⁰⁴³ Een problematiek die Stokkermans 2012, p. 263 ook signaleert maar dus eenvoudig oplosbaar is.

¹⁰⁴⁴ Maeijer schrijft in 2003 (Maeijer 2003/2, p. 472 en 475 e.v.) dat de economische deelgerechtigdheid een zelfde rol speelt of de vennootschap nu rechtspersoon is of niet.

¹⁰⁴⁵ Maeijer 1973, p. 407/408. Ook Van der Grinten 1972 (Toelichting Ontwerp Titel 7.13), p. 1085.

daaraan geen sanctie verbindt, anders dan we nu al – bijvoorbeeld in artikel 29 WvK – kennen.

Dat was ook de opzet van het oorspronkelijke ontwerp Van der Grinten. Het lost ook het door Mohr¹⁰⁴⁶ geschetste probleem op dat van hondervijftigduizend personenvennootschappen het vermogen zou moeten worden overgeheveld naar een rechtspersoon. Dat hoeft namelijk niet – wellicht met uitzondering van registergoederen waarover nog hieronder. Waar nu het gebonden karakter van de gemeenschap aan de vrije overdraagbaarheid van het aandeel daarin door individuele vennoten in de weg staat, is dat dan de eigenschap van rechtspersoonlijkheid. Waar nu het gebonden karakter van de gemeenschap aan uitwinning door privé-schuldeisers in de weg staat, is dat dan de eigenschap van de rechtspersoonlijkheid. Waar nu het faillissement van de vennoten tot ontbinding van de gemeenschap aanleiding geeft, is dat dan de ontbinding van de rechtspersoon. Er verandert materieel dan niets.

Ten aanzien van registergoederen is het voordeel van rechtspersoonlijkheid dat vennoten die een goed zouden willen leveren of geleverd krijgen dat dan bij één simpele rechtshandeling kunnen doen: het is een keuze die aan henzelf gelaten kan worden. Het voorgaande is met een paar eenvoudige voorbeelden toe te lichten. Eerst de situatie naar geldend recht.

Gesteld dat de bakkers A., B., C. en D. een gezamenlijke werkplaats drijven in de rechtsvorm van een stille vennootschap. X. levert een oven aan B. B. maakt niet kenbaar dat hij de oven afneemt ten behoeve van de gezamenlijke werkplaats. X. heeft daarmee een vordering tot betaling van de oven op B. en kwalificeert dus als privé-schuldeiser. B. brengt de oven in in de stille vennootschap waardoor A., B., C. en D. vanaf dat moment kwalificeren als ‘mede-eigenaar’ – zij zijn deelgenoten in de benoemde gemeenschap waarvan ook de oven deel uitmaakt.

Kan X. bij uitblijven van betaling door B. beslag leggen op de oven? Op andere goederen in de gemeenschap? Kunnen andere privé-schuldeisers van B. beslag leggen op de hele oven? Op andere goederen in de gemeenschap? Het antwoord is ontkennend – even los van pauliana-problematiek en van de mogelijkheid dat door A., C. en D. tegenover X. enige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van B. is gewekt of sprake is van baattrkking in de zin van artikel 7A:1681 BW.

X. en de andere privé-schuldeisers van B. zouden voor hun vorderingen alleen het aandeel van B. in de gemeenschap kunnen uitwinnen, ware het niet dat het gebonden karakter van de gemeenschap daaraan in de weg staat. Wat ze kunnen

¹⁰⁴⁶ Mohr 2003, p. 26.

doen is het faillissement van B. aanvragen waardoor de gemeenschap wordt ontbonden en het aandeel van B. in de gemeenschap voor uitwinning door alle privé-schuldeisers van B. vatbaar wordt. Er zijn verder geen zakelijke of vennootschapsschuldeisers – de vennootschap was ‘stil’.

Dat is huidig recht.

Gesteld nu dat de wetgever bevestigt dat de stille vennootschap ‘rechtspersoon’ is in de zin van artikel 2:5 BW. Voor de positie van X. en de privé-schuldeisers maakt dat niet uit, mits de consequenties van het faillissement van B. dezelfde zijn, namelijk de ontbinding van de rechtspersoon en het door dat faillissement ‘losweken’ van het aandeel van B.

Gesteld dat de stille vennootschap-rechtspersoon moet worden ingeschreven en *gesteld* dat aan het verzuim van de inschrijving geen rechtsgevolg is verbonden, althans vermogensrechtelijk niet (de oorspronkelijke 7.13 BW-opzet).¹⁰⁴⁷ Wordt de stille vennootschap-rechtspersoon door de enkele inschrijving openbaar? Het antwoord is ontkennend als althans de inschrijving niet zondermeer met zich brengt dat naar verkeersopvattingen onder gemeenschappelijke naam gehandeld wordt.¹⁰⁴⁸ Ook de wet gaat daar sinds 16 mei 2011 vanuit nu sinds die datum ook stille maatschappen die een onderneming drijven in het handelsregister dienen te worden ingeschreven.¹⁰⁴⁹ Essentieel is dan wel dat niet met de werkplaats of onder gemeenschappelijke naam naar buiten toe wordt opgetreden.

Gesteld nu dat A., B., C. en D. de inschrijving verzuimen. Heeft dat voor de beschreven posities en afwikkeling enig gevolg? Het antwoord is weer ontkennend. Gesteld in dit geval dat X. door B. gevraagd wordt om de levering van een oven. Tussen B. en X. kan aan de orde komen dat het gaat om levering aan en installatie in een werkplaats gedreven door een stille vennootschap. X. kan aandrigen op duidelijkheid ten aanzien van de partij waaraan hij levert. X. gaat vervolgens leveren aan de stille vennootschap. X. weet dat dat een rechtspersoon is en vraagt een uittreksel op bij het handelsregister. De stille vennootschap blijkt niet ingeschreven. Inschrijving door A., B., C. en D. vindt alsnog plaats. X. levert en factureert aan de – nog steeds – stille vennootschap. Hij is daarmee

¹⁰⁴⁷ Niet inschrijven is een economisch delict in de zin van artikel 1 onder 4 WED jo. artikel 4 HrW 2007. Hierover en over de betekenis van 29 WvK Mohr 2003, p. 6 en 33, Hamers 2012, p. 39.

¹⁰⁴⁸ Grapperhaus 2001, p. 44, die daar op de betekenis van de verkeersopvattingen bij het onderscheid stil/openbaar ingaat, ook Mohr 2003, p. 23 en 39. Ook MvT Ow Titel 7.13 BW, artikel 801.

¹⁰⁴⁹ Zie hierover Hamers 2012, p. 38/39 die concludeert dat de stille maatschap met een handelsnaam een contradictio in terminis is en dat de verplichting tot inschrijving van de stille maatschap per direct zou dienen te vervallen. Hierboven wordt er echter van uitgegaan dat de enkele inschrijving van een stille maatschap nog niet betekent dat deze openbaar wordt.

zaakscrediteur of liever: crediteur van de rechtspersoon geworden. Zijn positie is niet anders dan als hij zaakscrediteur van de stille vennootschap-niet rechtspersoon zou zijn geweest: in beide gevallen heeft X. verhaal op het afgescheiden vermogen van de stille vennootschap, in het eerste geval het eigen vermogen van de rechtspersoon.

Zouden A., B., C. en D. de inschrijving verzuimen en zou X. niet aandringen op duidelijkheid dan maakt dat voor de positie van X. niet uit.

Gesteld dat A., B., C. en D. een openbare vennootschap vormen. Gesteld wederom dat de wetgever bevestigt dat die rechtspersoon is, maar dat A., B., C. en D. verzuimen de openbare vennootschap in te schrijven. Aan dat laatste zijn voor A., B., C. en D. de al bestaande bekende nadelige consequenties verbonden (zie artikel 29 WvK).¹⁰⁵⁰ X. levert de oven via B. De positie van X. ten opzichte van de openbare vennootschap is een bewijskwestie. Als hij kan bewijzen geleverd te hebben aan de openbare vennootschap dan zijn A., B., C. en D. als vennoten hoofdelijk voor de schuld aan X. verbonden.

Niet behoeft in het kader van dat bewijs noodzakelijkerwijs vast te staan dat de rechtspersoon ook eigenaar is geworden – dit wordt hieronder en in de volgende alinea toegelicht. Dat zou voor de positie van A., B., C. en D. ook gelden als de openbare vennootschap niet rechtspersoon zou zijn. Voor X. gaat het er alleen om dat hij een vordering heeft op vier hoofdelijk aansprakelijke vennoten A., B., C. en D. en op het vermogen van de vennootschap. Hij kan zich als schuldeiser van de openbare vennootschap op het vermogen van de rechtspersoon verhalen. Wat tot dat vermogen behoort is een kwestie van wat uit de administraties van de vennootschap, van de leverancier en van de respectieve vennoten blijkt, van toerekening en van verkeersopvattingen op de wijze als dat nu ook al het geval is.

Gesteld dat X. onroerend goed aan A., B., C. en D. levert. Stel dat ofwel A., B., C. en D. de vennootschap niet ingeschreven hebben, ofwel dat zij de vennootschap wel inschrijven maar het onroerend goed buiten de vennootschap laten en het goed daardoor als onbenoemde gemeenschap kwalificeert. De dan optredende rechtsvragen zijn in wezen geen andere dan die bestaan in de situaties dat A., B., C. en D. aandeelhouder zijn in een B.V., maar het onroerend goed waarin de B.V. haar onderneming drijft buiten de B.V. laten in een gezamenlijke eigendom.¹⁰⁵¹ Er kan dan sprake zijn van misbruik van identiteitsverschil,¹⁰⁵² maar zover hoeft in de redenering niet meteen te worden gegaan. Als A., B., C. en D. de onderneming van hun ingeschreven rechtspersoon drijven in het pand dat zij

¹⁰⁵⁰ Ook Mohr 2003, p. 6 en 33.

¹⁰⁵¹ Vgl. HR 27 februari 2009, NJ 2009, 318 (*X./Aerts q.q.*).

¹⁰⁵² HR 27 februari 2009, NJ 2009, 318, nt. Van Schilfgaarde (*X./Aerts q.q.*).

buiten de rechtspersoon laten dan gaan onderzoeks- en mededelingsplichten een rol spelen, dan gaat het om wat verkeersopvattingen met zich brengen, wat de functie daarbij is van de inschrijving, etc. Maar ook om wat de eigenlijke vennootschapsschuldeisers als het gaat om verhaal op het onroerend goed konden en mochten verwachten. Niet onbekende en niet onoverkomelijke problematiek.

Het laat alles bij elkaar zien dat het belangrijk is de betekenis van rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW niet te overschatten.¹⁰⁵³ Het laat ook onverlet dat om andere reden nog kritiek op het ingetrokken Ontwerp Titel 7.13 BW mogelijk is.¹⁰⁵⁴ Essentieel is te zien dat het – zoals al eerder opgemerkt – gaat om de combinatie van rechtspersoonlijkheid met materieel recht. Rechtspersoonlijkheid op zichzelf ‘is niks’. Het is daarentegen materieel recht dat de verbintenisrechtelijke positie van leden/vennoten, schuldeisers en andere derden blijft bepalen. Ter illustratie: gesteld dat aan artikel 3:166 lid 3 BW een vierde lid zou worden toegevoegd met als inhoud: ‘De gemeenschap is rechtspersoon’, dan zou dat aan de regels uit Afdeling 1 en Afdeling 2 van Titel 3:7 BW die de verbintenisrechtelijke betrekkingen tussen deelgenoten en hun schuldeisers beheersen nauwelijks iets veranderen.

Natuurlijk moeten dan sommige bepalingen daarop worden aangepast. Zoals artikel 3:168 lid 1 BW dat bepaalt dat de deelgenoten het genot, het gebruik en het beheer van ‘gemeenschappelijke goederen’ bij overeenkomst regelen. ‘Gemeenschappelijke goederen’ zou dan veranderd moeten worden in goederen ‘van’ de gemeenschap. Of artikel 3:175 lid 1 BW dat bepaalt: ‘Tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit, kan ieder van hen over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed beschikken’. Daar zou ‘aandeel in een gemeenschappelijk goed’ moeten worden ‘aandeel in de gemeenschap’.

Voordeel voor de deelgenoten A., B., C. en D. is dat erkenning van de onbenoemde gemeenschap als rechtspersoon de bekende leveringsperikelen vereenvoudigt.¹⁰⁵⁵ Rechtspersoonlijkheid faciliteert die vereenvoudiging, meer niet. Strekking van het voorgaande is overigens in het geheel niet om te betogen dat de onbenoemde gemeenschap rechtspersoon zou moeten zijn, het illustreert slechts de betekenis van materieel recht. Dat is dan ook waar de mogelijkheden tot ontwikkeling liggen.

¹⁰⁵³ Van der Grinten 1972 (Toelichting Ontwerp Titel 7.13), p. 1085, vgl. Macijer 2003/1, p.463 over de discussie naar aanleiding van het voorontwerp Van der Grinten.

¹⁰⁵⁴ Dortmond 2010, p. 354 e.v., Hamers & Schwarz 2011, p. 14 e.v., Van Veen 2011/2, p. 34 e.v., Grapperhaus 2011, p. 45, Van Duuren 2011, p. 46 e.v., Hamers 2012, p. 34 e.v.

¹⁰⁵⁵ Macijer 1998, p. 3.

Het laat voorts zien dat het toekennen van rechtspersoonlijkheid niet principieel te maken heeft met optreden onder gemeenschappelijke naam.¹⁰⁵⁶ Dat laat ook de informele vereniging zien. Het is wel zo dat de aangehaalde ‘de rechtspersoonlijkheid constituerende kenmerken’ waaronder dat optreden onder gemeenschappelijke naam het denken in termen van rechtspersoonlijkheid versterken en onvermijdelijk maken.

Is het bezwaarlijk dat een stille maatschap tot rechtspersoon wordt gebombardeerd? Verandert dat wat aan haar karakter? Wordt zij daardoor openbaar? In het voorbeeld van de stille bakkersmaatschap zal het voor de leverancier van een oven ten opzichte van de huidige situatie weinig uitmaken. In beide situaties zal hij bewijs moeten leveren te kunnen worden beschouwd als schuldeiser van een tot de gemeenschap/lees: rechtspersoon behorende schuld (zie artikelen 2:192/193 BW). Gesteld dat de bakkers aan de leverancier bekend maken dat hij levert aan een stille maatschap. Wordt die daardoor openbaar? Wordt zij openbaar doordat de bakkers haar inschrijven? Het vergemakkelijkt alleen het bewijs van het bestaan van de stille maatschap/rechtspersoon. Voor de kwalificatie openbaar kan de omschrijving van artikel 7A:801 Ow 7.13 BW worden gevolgd: op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreden onder een als zodanig gevoerde naam.

Inschrijving heeft een bewijs-, een beschermingsfunctie, op vergelijkbare wijze als geldt voor de huidige V.O.F. Het is geen ontstaansvoorwaarde.

Tot slot: terecht wijst Maeijer er op dat goederenrechtelijke en economische deelgerechtigdheid moeten worden onderscheiden.¹⁰⁵⁷ Terecht schrijft hij ook dat de rechtspersoon eigenaar wordt. Maar dat laat onverlet dat aan het aandeel ‘via de rechtspersoon’ als vermogensrecht van eigen aard¹⁰⁵⁸ bijzondere goederenrechtelijke consequenties kunnen worden verbonden. Daar liggen – net zoals bij het onderwerp van de overdraagbaarheid van (delen van) de onderneming – mogelijkheden tot ontwikkeling van het ondernemingsrecht en het vermogensrecht in bredere zin.¹⁰⁵⁹ Daar heeft Raaijmakers gelijk in.

¹⁰⁵⁶ Anders het aanvankelijke ontwerp Boek 2 BW van Meijers, Van der Grinten 1972 (Toelichting Ontwerp Titel 7.13), p. 1086 en Maeijer 1998, p. 2. De toelichting van Van der Grinten stelde als minimum-eis dat de vennootschap naar buiten als eenheid optreedt. Onduidelijk is waar die eis vandaan komt. De toelichting stelt dat wanneer de vennoten uitsluitend op eigen naam handelen en de vennootschappelijke band slechts interne verkening meebrengt, er geen reden is om rechtspersoonlijkheid toe te kennen. Deze redenering is niet sluitend zoals de ‘gedaantewisseling’-problematiek laat zien. Hierboven wordt verdedigd dat het de wetgever bij toekenning van formele rechtspersoonlijkheid om twee criteria zou moeten gaan: 1. vragen de materiële kenmerken om bevestiging daarvan? 2. is het wenselijk gebruikersgemak te faciliteren of niet.

¹⁰⁵⁷ Maeijer 2003/2, p. 475/476.

¹⁰⁵⁸ Maeijer 2003/2, p. 475 onderaan.

¹⁰⁵⁹ Zie Raaijmakers 2009/2.

Hierboven werd de vrijheid genomen aan de wetgever te suggereren de rechtspersoonlijkheid van stille maatschap (stille vennootschap) en de V.O.F. (openbare vennootschap) met zoveel woorden te bevestigen. Voor dit boek komt daar overheen de vraag of over de breedte van het ondernemingsrecht op het vlak van de samenhang tussen open norm, belang en actie een bepaalde interne samenhang te ontwaren is. Bijzonder is dat als die samenhang er is, ook dat reden is voor de erkenning van alle vennootschappen als rechtspersoon, sterker: voor het ontwerp van één Wetboek Ondernemingsrecht.

Het voorgaande laat zien dat rechtspersoonlijkheid niet leidt tot deviatie op de gekozen uitgangspunten. Daartoe leidt wel het materiële recht en daartoe leiden ook de aard van het lidmaatschap, de aard van het lidmaatschapsrecht en de aard van de ledenverhouding.

Ondanks het voorgaande – het onderwerp van de rechtspersoonlijkheid was in dit boek moeilijk te vermijden en had aan de idee van eenheid en gelijkheid wel degelijk in de weg kunnen staan – ligt de focus voor het volgende niet op de vraag naar wanneer nou precies wel en wanneer nou precies niet sprake is van rechtspersoonlijkheid, maar wel op wat die rechtspersoonlijkheid in zijn geschetste beperkte maar niet mis te verstane betekenis verder nog uitmaakt voor geschillen in besloten ledenverhoudingen.

Beantwoording van deze vraag in het perspectief van de gekozen doelstellingen zal een bepaalde materiële systematiek bloot leggen die bevestigt dat de bestaande scheidslijnen tussen contract en Boek 2 BW-rechtspersoon principieel niet gehandhaafd zouden moeten worden. Die benadering laat weer zien dat bevestiging van de wetgever dat de stille en openbare vennootschap rechtspersoon zijn in het grotere geheel beschouwd eigenlijk een juridische futiliteit is.

Zolang dat niet helder is, is ook dat reden hier om nog uit te gaan van een ‘model’.

De vraag is simpel: bevestigt het vervolg het model? Of is het een kwestie van het voorgaande doorhalen en opnieuw beginnen?

1.3.8 Vervolg

Drie kanttekeningen zijn bij het voorgaande – in elke geval – te plaatsen die hierna worden uitgewerkt.

Ten eerste is nagelaten in het model het fenomeen ‘consensuele overeenkomst’ te duiden, zowel op haar inhoudelijke betekenis als op haar plaats ten opzichte van de rechtspersoon als in het breder verband van het ondernemingsrecht.

Daarover gaat paragraaf 1.4 hierna mede in relatie tot de betekenis van de opzegging.

Ten tweede rijst de vraag wat die ‘consensualiteit’ (expliciet contract, impliciete wilsovereenstemming, statuten, verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard in statuten, combinaties daarvan) nu in essentie betekent voor de aard van de besloten ledenverhouding: is door die variatie nu wel of niet sprake van deviatie die voor het onderwerp relevant is?

Waar voorts in het kader van de besloten ledenverhouding en het daarin gezamenlijk te voeren beleid wordt gesproken over het inleveren van zekere autonomie, zal de omzetting door opzegging van ‘besloten’ in ‘open’ (van een besloten ledenverhouding naar een gewone ledenverhouding) ook de verantwoording in de onderlinge ledenverhouding van karakter veranderen. Vraag rijst wat er dan gebeurt op het gebied van de verschillende verantwoordingsvormen – intern, extern, verantwoordelijkheid, verantwoording, rekenplicht, informatieplicht, aansprakelijkheid –, hoe die zich materieel en processueel tot elkaar verhouden en wat er dan gebeurt. Daarover gaat paragraaf 1.5 hierna.

Ten derde is er vooralsnog aan voorbij gegaan dat A., B., C. en D. via hun persoonlijke holdings de V.O.F. Lipsum vormen. Daarover – en over het transparante karakter van de rechtspersoon – gaat paragraaf 1.6 hierna.

1.4 Besloten ledenverhouding als consensuele relatie

Wat is nu de betekenis van het feit dat een maatschap – of liever dat de besloten ledenverhouding die als maatschap kwalificeert – een consensuele relatie is en wat betekent dat voor de betekenis van de opzegging? Dit wordt toegelicht aan de hand van de standaardsamenwerking tussen A., B., C. en D.

Duidelijk is dat A. onder omstandigheden belang kan hebben dat in rechte komt vast te staan dat de rechtsverhouding waaraan hij met B., C. en D. deelneemt, kwalificeert als maatschap of als V.O.F. Dat belang kan gelegen zijn in een eventuele vordering van A. op B., C. en D. tot nakoming van een bepaalde uit het maatschapscontract voortvloeiende verplichting, mits – zoals hier boven is toegelicht – niet de ‘affectio societatis’ op zichzelf betreffend en voldoende concreet en gespecificeerd, of tot vergoeding van schade waarvoor de erkenning als maatschap in de interne verhoudingen vereist is.

Het kan ook gaan om (rekening en) verantwoording ter zake van door B., C. en D. verrichte beheershandelingen, om het verlenen van inzage in gevoerde admi-

nistratie, om acties wegens door hen gepleegde concurrentie,¹⁰⁶⁰ of om vragen over de mogelijkheden en condities van beëindiging van de rechtsverhouding en de positie van bij de beëindiging van de maatschap betrokken derden.

De kwalificatie van de rechtsverhouding als maatschap kan voor A. ook betekenen dat een regresrecht op B., C. en D. komt vast te staan, of een recht op het delen van winst, of – bij uittreden – op vergoeding van goodwill. Er kunnen ook fiscale consequenties verbonden zijn.¹⁰⁶¹ Belang kan ook bestaan doordat betwisting van de stelling dat sprake is van een V.O.F. in rechte tot gevolg kan hebben dat geen sprake is van hoofdelijkheid ex artikel 18 WvK, maar van aansprakelijkheid voor gelijke delen ex artikel 7A:1680 BW, waarmee het risico van insolventie van een der vennoten voor de andere vennoten wijzigt. Er zijn dus belangrijke rechtsgevolgen aan de kwalificatie verbonden.

In de gekozen modelmatige benadering geldt dat als A., B., C. en D. in de ‘besloten ledenverhouding’ verbonden zijn hen dat in alle opzichten verplicht, zowel tijdens de streving, als tijdens de afwikkeling, op bijzondere op de hierboven omschreven wijze met elkaars betrokken belangen om te gaan, in aansluiting op hetgeen zij geregeld hebben, in aanmerking genomen de wettelijke, statutaire en/of contractuele context. Op de uitwerking, de betekenis en houdbaarheid hiervan komen de volgende paragrafen terug als op de beroeps- of bedrijfsmatige standaardsamenwerking tussen A., B., C. en D., respectievelijk A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer verder wordt gevarieerd en het model daaraan getoetst.

1.4.1 Het geschil inzake de ‘dierenartspraktijk’

In de casus van het arrest van de Hoge Raad inzake de ‘dierenartspraktijk’¹⁰⁶² ging het eisers, dierenartsen die samen praktijk hadden gevoerd, om de vaststelling van de grondslag voor acties die bepaald werden door het bestaan van een maatschap, namelijk de verrekening van een aandeel in de winst en goodwill bij uittreden. In de inleidende dagvaarding stelden eisers dat met ingang van 1995 een maatschap tot stand was gekomen en dat zij vanaf dat moment via een inklimregeling in de loop van vijf jaren goodwill konden verwerven. Deze afspraken werden door gedaagden betwist en stonden daarmee volgens de Rechtbank onvoldoende vast. Dat betekende dat eisers die afspraken dienden te bewijzen.

¹⁰⁶⁰ Vgl. bijvoorbeeld HR 19 oktober 1990, NJ 1991, 21 (*Koghee/Akkoca*), nt. Raaijmakers AA 1991, 425, OK 20 juni 2007, ARO 2007, 110 (*CBR*), OK 7 maart 2008, ARO 2008, 55 (*Venema en Noppe*).

¹⁰⁶¹ Vgl. Van Kempen 1999, Slagter, Groene Serie Personenassociaties, 1 Vof tussen echtgenoten.

¹⁰⁶² Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2009, JOR 2009, 315, nt. Stokkermans en HR 2 september 2011, NJ 2012, 75, nt. Van Schilfgaarde.

Eisers voerden vervolgens een aantal feitelijke omstandigheden aan dat door Rechtbank, Hof en Hoge Raad werd getoetst.

Aan het begin van het onderzoek door Hof en Hoge Raad werd de onderlinge relatie tussen de dierenartsen door Hof en Hoge Raad nog neutraal omschreven als ‘samenwerkingsverband’ (zie Hof onder r.o. 4.2 en Hoge Raad onder r.o. 3.1). Omdat in dit boek en in het model het begrip samenwerking niet neutraal en in beperktere betekenis wordt begrepen,¹⁰⁶³ is er hier voorkeur aan gegeven te spreken over het ‘kennelijke verband’ waarin meerdere personen betrokken waren, zoals aan het begin van paragraaf 2.1 hierboven ook gedaan werd.

Als kennelijk verband kon de relatie tussen de dierenartsen een maatschap zijn, maar ook een samenstel van afzonderlijke rechtsverhoudingen, bijvoorbeeld van overeenkomsten van opdracht, zoals bijvoorbeeld managementovereenkomsten. Of van arbeidsovereenkomsten, agentuur, of franchise. Dan wel overeenkomsten ‘sui generis’, zoals in de procedure bij wijze van verweer ook werd aangevoerd.

Allemaal verhoudingen die volgens Hof en Hoge Raad kunnen duiden op vormen van ‘samenwerking’, meer of minder hiërarchisch van karakter, afhankelijk van de inhoud van de rechtsverhouding en de daarop gebaseerde kwalificatie. Let wel: de discussie voor Rechtbank, Hof en Hoge Raad over het precieze rechtskarakter van het verband was mogelijk door het ontbreken van formele aanwijzingen daarvoor – dus door het bestaan van ‘systeemruimte’ – zoals een ondertekend contract met een aanduiding van de rechtsverhouding tussen partijen en/of een uitwerking van afspraken.

Bij hun uiteindelijke kwalificatie van het verband als maatschap gingen Rechtbank, Hof en Hoge Raad er in hun respectieve beoordelingen in navolging van de literatuur over het onderwerp vanuit dat de maatschap een consensuele vormvrije overeenkomst is die niet noodzakelijk schriftelijk behoeft te worden aangegaan, en zelfs stilzwijgend, op grond van gedragingen van partijen, tot stand kan komen.¹⁰⁶⁴ Is het samenwerkingsverband een maatschap dan zijn volgens Rechtbank en Hof als elementen van een maatschap te onderscheiden: consensuele overeenkomst, samenwerking, gelijkheid/gelijkwaardigheid, verdeling van voordeel, inbreng (geld, goederen, genot van goederen en/of goodwill, let wel: inbreng komt neer op de boven omschreven ‘afzondering’) en gerichtheid op voordeel voor alle deelnemers.

¹⁰⁶³ Asser-Van der Grinten II (de rechtspersoon), p. 211 en Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/10 die de vereniging een samenwerkingsverband van personen noemen, maar tegelijk aantekenen dat dit samenwerken in ruime zin moet worden verstaan.

¹⁰⁶⁴ Wat ook geldt voor de informele vereniging, Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012/21.

Het begrip consensuele overeenkomst wil hierbij – zoals bekend – zeggen dat de op een bepaald rechtsgevolg gerichte wil zich door een verklaring heeft geopenbaard. Rechtshandelingen van beide zijden – aanbod en aanvaarding – leiden door een daartoe strekkende verklaring van partijen tot wilsovereenstemming op het punt van het tot stand brengen van een overeenkomst van samenwerking. De subjectieve wil van partijen kan hierbij ook uit gedragingen worden afgeleid.¹⁰⁶⁵ Op zichzelf is dit een duidelijke hoofdregel als het er om gaat vast te stellen of sprake is van een contract.

Maar de subjectieve wil van partijen is niet alleen doorslaggevend.¹⁰⁶⁶ Ook vertrouwen kan een rol spelen in de zin dat artikel 3:35 BW met zich kan brengen dat als daar redelijkerwijze aanleiding voor is, een betrokken partij in gerechtvaardigd vertrouwen op bepaalde gedragingen het bestaan van een overeenkomst mag aannemen,¹⁰⁶⁷ dus ook van een maatschapsovereenkomst.

Het Gerechtshof overweegt¹⁰⁶⁸ aangaande het consensuele karakter dat het gaat om de wil van partijen zoals deze uit de objectief te interpreteren tussen partijen bestaande contractuele verhouding blijkt. Daarbij spelen zowel de in de interne verhoudingen gedane mededelingen als de visie van derden een rol. De Hoge Raad besluit met de conclusie dat de beoordeling van de afzonderlijke elementen van de maatschap in de sleutel staat van de vraag of uit de feiten en omstandigheden kan worden afgeleid dat sprake was van samenwerking tussen partijen op voet van gelijkwaardigheid als vennoten in maatschapsverband en van een daarop gerichte wil van partijen.

De wil gericht op samenwerking in een maatschap kan aldus uit de feiten worden afgeleid, ook al zijn partijen zich dat niet bewust, of doen zij alsof zij zich dat niet bewust zijn. Dat is een andere benadering dan die via artikel 3:35 BW. Hof en Hoge Raad construeren achteraf aan de hand van feiten en omstandigheden een soort geobjectiveerde wil, terwijl artikel 3:35 BW meer draait om de vraag waarop een wederpartij in gerechtvaardigd vertrouwen mag afgaan, ook al zou de wil ontbreken.

¹⁰⁶⁵ Ook MvT Ow Titel 7.13 BW, artikel 800 lid 1.

¹⁰⁶⁶ A-G Wissink onder 2.4.3.: *‘Ontbreekt een duidelijke bedoeling en zijn er tegenstrijdige bedoelingen, dan zal men aan de hand van de vertrouwensleer tot een oplossing dienen te komen, aldus Houwing in zijn noot onder HR 15 februari 1950, NJ 1950/263.’*

¹⁰⁶⁷ HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*), HR 12 augustus 2005, BR 2006, 82 (*CBB/JPO*), HR 29 februari 2008, NJB 2008, 686 (*Shell Nederland Verkoopmaatschappij*).

¹⁰⁶⁸ Zie rov 4.22 arrest hof en r.o. 3.6.2. Hoge Raad.

1.4.2 Het ‘zover niet laten komen’ als functie van opzegging

Dit verschil in benadering wordt hier verder toegelicht aan de hand van rechts-overweging 4.59 uit het arrest van het Gerechtshof:

‘Ook al hebben alle betrokken partijen op dat moment (1995) mogelijk geen begrip ‘maatschap’ voor ogen gehad, feitelijk stelde DAP-PFvdE het belangrijkste dat zij bezat, namelijk de ‘praktijk’/het klantenbestand/de goodwill, ter beschikking en stelden Fuchs c.s. en LvdE het belangrijkste dat zij (professioneel gezien) bezaten, namelijk hun kunde en arbeid, ter beschikking, alles om daarmee extern als eenheid de veeartsenijkunde te beoefenen. Zij hadden daarbij uiteindelijk als doel, niet alleen om hun professie (waarvoor zij, naar aangenomen moet worden, uit liefde en interesse voor het vak gekozen hadden) te kunnen bedrijven, maar ook om daarmee voordeel te halen, namelijk een goed inkomen te kunnen verwerven.

Dit alles vormt nu juist de essentie van een maatschap. Het ‘ter beschikking stellen’ was dus feitelijk gelijk te stellen met inbreng.’

Nu – in de modelmatige benadering – deze overweging geplaatst tegen de achtergrond van de standaardsamenwerking: B., C. en D. betwisten het bestaan van een maatschap, sterker: zij stellen daarvan nimmer geweten te hebben. Desondanks worden zij achteraf door de rechter na analyse van feiten en omstandigheden geconfronteerd met diens oordeel dat de samenwerking met A. kwalificeert als een maatschap. Dat heeft – zoals reeds opgemerkt – bijzondere consequenties. Op zichzelf is het niet bijzonder dat partijen *achteraf* door de rechter worden belast met iets wat zij niet willen.

In de modelmatige benadering gaat het er echter ook om te bepalen of, en zo ja, waarop B., C. en D. *eerder* kunnen worden aangesproken. Hierbij gaat het om de vraag vanaf welk moment het rechtens mogelijk is om consequenties van bepaald gedrag – hier het zich feitelijk als maatschap gedragen – aan B., C. en D. toe te rekenen.

Doorslaggevend voor de beantwoording in de onderhavige besloten verhouding is het moment waarop het aan de zijde van A. bij de beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking betrokken belang evident aan B., C. en D. kenbaar is en spiegelbeeldig vanaf welk moment A. in dat verband in gerechtvaardigd vertrouwen op het bestaan van een maatschap mocht afgaan. In de casus van het arrest is dat het moment van de door het Hof in r.o. 4.59 omschreven inbreng, en het moment waarop daartegen niet geprotesteerd wordt, wat veronderstelt dat als B., C. en D. willen vermijden dat zij tegenover A. geruststellend gedrag vertonen, zij dat aan A. op dat moment onverwijld duidelijk zullen moeten maken.

Hier ligt dan ook – in levenscyclus van de maatschap beschouwd – het eerste aanknopingspunt voor de functie van de opzegging: het bij ‘niet willen’ door B., C. en D. bewerkstelligen dat de relatie die op basis van vertrouwen mogelijk ontstaat of is ontstaan, ten snelste wordt beëindigd onder condities die – gelet op bij A. dreigend vertrouwen – voor A. naar maatstaven van betamelijkheid en zorgvuldigheid acceptabel zijn en moeten zijn. Het kan – in de context van de casus van het *dierenartspraktijk*-arrest – met andere woorden niet zo zijn dat B., C. en D. zich verrijken met klanten- en goodwillwaarde¹⁰⁶⁹ die A. heeft ingebracht, als B., C. en D. A. in de gerechtvaardigde veronderstelling hebben gebracht dat hun rechtsverhouding als maatschap kwalificeert.

Voorafgaand aan het moment van wilsovereenstemming, hier heel nauw samenhangend met het moment waarop vertrouwen gerechtvaardigd is, staat de problematiek nog in de sleutel van de precontractuele fase en de in die fase geldende onderzoeks- en mededelingsplichten, en te voorkomen dat wilsovereenstemming ontstaat, dan wel niet te kunnen afbreken zonder tot vergoeding van schade en gederfde winst gehouden te zijn.¹⁰⁷⁰

Dit denken in termen van toerekening van risico¹⁰⁷¹ in zowel de precontractuele als contractuele fase veronderstelt in het verband van het door het Gerechtshof weergegeven feiten aldus bij B., C. en D. een zekere ‘actieve reflectie’ op het eigen gedrag,¹⁰⁷² bij ontbreken waarvan daaruit voortvloeiende risico’s aan B., C. en D. kunnen worden toegerekend.

Het gaat er – zie de overweging van het Hof – niet om dat het verwijtbaar is dat zij niet wisten dat sprake was van een maatschap, maar wel dat aan hen toerekenbaar is dat zij door bepaald gedrag vertrouwen hebben laten ontstaan aan de zijde van A. en vervolgens onvoldoende tegemoet komen aan de aan de zijde van A. kenbaar met de inbreng verbonden belangen. Hier is vanuit de precontractuele naar de contractuele fase sprake van een glijdende schaal.¹⁰⁷³ De combinatie met de *Plas/Valburg*-problematiek laat zien dat de aan de zijde van A. betrokken belangen op die schaal steeds groter worden, zich qua juridische verbonden consequentie steeds dichterbij komen op die van een contract

¹⁰⁶⁹ HR 31 mei 2002, NJ 2003, 342, nt. Snijders (*B/K*).

¹⁰⁷⁰ Vranken 1989. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*), HR 23 oktober 1987, NJ 1988 (*VSH/Shell*), HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742 (*Mattel/Borka*), HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 (*Mattel/Borka*), HR 12 augustus 2005, BR 2006, 82 (*CBB/JPO*), HR 29 februari 2008, NJB 2008, 686 (*Shell Nederland Verkoopmaatschappij*).

¹⁰⁷¹ Verbintenissenrecht als uitdrukking van denken in termen van toerekening van risico, Vranken 1989, p. 31.

¹⁰⁷² Vgl. HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79 (*Zwagerman*) (hierboven al geciteerd): ‘zodat er reden is daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat.’

¹⁰⁷³ Tjittes 2006.

bewegen en zich uiteindelijk kunnen vertalen naar een volwaardige actie uit wanprestatie.¹⁰⁷⁴

In de modelmatige benadering zou het ‘verwijt’ aan B., C. en D. dan luiden dat zij zich van stond af aan te weinig gelegen hebben laten liggen aan de van de zijde van A. evident in de ‘besloten ledenverhouding’ betrokken belangen. A. vertrouwt en ‘bouwt op’. Let wel, het gaat onder meer om goodwill, dus om klanten, dus om inkomen en vermogen, die in de praktijk het verschil maken tussen aan de grond zitten of een basis te hebben om als ondernemer opnieuw te kunnen beginnen.

In casu bestaat het verwijt aan B., C. en D. er overigens maar toevalligerwijs uit dat zij hebben nagelaten zorg te dragen dat A. een aandeel in de winst en goodwill toekwam, maar evenzo goed had de tekortkoming van B., C. en D. gelet op de aard van de inbreng een andere kunnen zijn: het niet afleggen van verantwoording, het plegen van concurrentie,¹⁰⁷⁵ het afpikken van klanten, het toe-eigenen van bedrijfsgeheimen, etc., kortom alle mogelijke inbreuken op de idee van de ‘besloten ledenverhouding’. Overigens, in het arrest *Lindenbaum/Cohen* ging het ook om het afpikken van klanten, daar in een context buiten contract,¹⁰⁷⁶ hier er (mogelijk ook precontractueel) binnen.

Dat ‘opbouwen’ door A., dus het opbouwen van een praktijk met verbonden goodwill is een interessant fenomeen. Het betekent dat waar bepaalde consequenties door vroegtijdig optreden nog eenvoudig te vermijden zouden zijn geweest, dat in de loop der tijd steeds bezwaarlijker wordt, hetgeen betekenis kan hebben bij hetgeen waarop A. bij opzegging aan hem, of bij gedrag van B., C. en D. dat als opzegging kwalificeert, aanspraak kan maken, zoals een langere opzegtermijn en vergoeding van schade, dan wel op andere wijze tegemoetkoming aan zijn belangen.

Het betekent ook dat bij de uitleg van een contract naar het *Haviltex*-criterium met de dynamiek van de ontwikkeling van een vennootschapspraktijk rekening gehouden kan en ook moet worden. Anders gesteld: de ontwikkeling van de vennootschapspraktijk van A. wordt door B., C. en D. wel toegelaten en mogelijk zelfs toegejuicht, maar het contract, ooit gesloten en in de la gelegd, ontwikkelt zich niet mee. Dit vormt een van de redenen waarom het bij de uitleg van vennootschapscontracten dienstig is om ook van gedurende het bestaan van de vennootschap genomen expliciete of impliciete besluiten en van de onderlinge

¹⁰⁷⁴ Smits1995, p. 290, Barendrecht 1992, p. 82-92.

¹⁰⁷⁵ OK 20 juni 2007, ARO 2007, 110 (*CBR*), OK 7 maart 2008, ARO 2008, 55 (*Venema en Noppe*).

¹⁰⁷⁶ HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (*Lindenbaum/Cohen*).

rechtsverhouding constituerende feitelijke en rechtshandelingen kennis te nemen, dan wel deze ook aan te voeren.

Een andere reden waarom dat ‘opbouwen’ door A. interessant is, is omdat in de geschetste redenering de grondslag gelegen is voor het überhaupt in acht moeten nemen van een redelijke termijn bij opzegging. Die termijn vloeit uit de feitelijke gecompliceerdheid van ontvlechting, de voorzienbare consequenties als daar niet zorgvuldig mee omgegaan wordt, de afhankelijkheid qua inkomen en vermogen, kortom de eis te goede trouw om te gaan met de aan de zijde van de opgezegde vennoot betrokken belangen.

Rechtbank, Hof en Hoge Raad kwalificeren de rechtsverhouding *achteraf* als maatschap. In de modelmatige benadering heeft het arrest evenwel niet alleen betekenis voor de mogelijke kwalificatie van een verband als maatschap *achteraf* aan de hand van de elementen consensus, gelijkheid/gelijkwaardigheid, verdeling van voordeel, inbreng en gerichtheid op voordeel voor alle deelnemers. N.B. (!): in het kader van een beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking in gevallen dat bij ontbreken van een wettelijke, statutaire of (bewijsbare) contractuele context daarvoor ruimte bestaat.

Belangrijk is evenzeer dat de beschreven inbreng *vooraf* een aan de zijde van A. rechtens te respecteren belang construeert, waarop A. in rechte beroep zou kunnen doen, en dat als B., C. en D. met dat belang onvoldoende rekening houden, zij *ex ante* op de nakoming van uit het maatschapscontract voortvloeiende verbintenissen door A. kunnen worden aangesproken.¹⁰⁷⁷

1.4.3 Vijfde uitgangspunt

In essentie komt het voorgaande hierop neer¹⁰⁷⁸ dat partijen zich in zo’n kennelijk verband steeds dienen te realiseren dat waar zij voor inkomen, vermogensopbouw dan wel kostenbeperking in grote mate afhankelijk zijn van de wederzijdse inspanningen en inzet gedurende langere termijn (bestendig), zij in versterkte mate – en soms dus in een zeer vroegtijdig stadium – met de belangen van de andere partij(en) in die samenwerking hebben rekening te houden. Het betekent dus ook niet dat zo’n verband onder alle omstandigheden in stand dient te worden gelaten. Voorzienbare consequenties veronderstellen ‘actieve reflectie’. ‘Actieve reflectie’ maakt – omgekeerd – de het voorzien van consequenties mogelijk. Het vormt bevestiging van het in hoofdstuk 1, paragraaf 4.5 geformuleerde vijfde uitgangspunt, dat in het navolgende nog verder wordt onderzocht en uitgewerkt.

¹⁰⁷⁷ Vgl. nt. Raaijmakers, AA 1997, 4 bij HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694, nt. Maeijer, (*Lampe/Videoworks*).

¹⁰⁷⁸ Vgl. ook rov 4.68 van het arrest van het Hof inzake de *dierenartspraktijk*.

Het gaat in kwesties als de *dierenartspraktijk* dan niet enkel om subjectieve, maar ook en vooral om objectief geconstrueerde wil van degene die het vertrouwen wekt, waarbij vooral¹⁰⁷⁹ ook – maar niet uitsluitend –, aldus het Hof, de verklaringen en gedragingen van partijen in aanmerking dienen te worden genomen en moet worden nagegaan wat de vertrouwende partij uit deze verklaringen en gedragingen heeft afgeleid en redelijkerwijze mocht afleiden. Dit klinkt wat vrijblijvend, maar in het model is het dat zeker niet.

In het model gaat het bij die verklaringen en gedragingen vooral om de bijzondere daaruit blijkende beroeps- of bedrijfsmatige betrokkenheid. Het is die beroeps- of bedrijfsmatig georiënteerde betrokkenheid die zich in combinatie met de inbreng kenmerkt door afhankelijkheid van inkomen en vermogen die de boven aangehaalde ‘besloten ledenverhouding’ constitueert als in versterkte mate geregeerd door de goede trouw.

Dat is de basis voor de uitoefening van enerzijds zeggenschapsrechten en anderzijds het inleveren van ‘zekere’ autonomie. Dat wil niet zeggen dat ‘inbreng’ niet ook in een andere context een vergelijkbaar belang van A. zou kunnen construeren, bijvoorbeeld in de setting van een franchise, een informele vereniging of in die van een B.V. Niet de vorm van de betrekking is doorslaggevend, maar de inhoudelijke beroeps- of bedrijfsmatige ‘betrokkenheid’.

Dit zijn zuiver interne aspecten – verantwoordelijkheid betreffende – die dus (nog) los staan van eventuele aansprakelijkheid in intern of extern opzicht.

Om de voorgaande redenen werd hierboven in hoofdstuk 2, paragraaf 3.2 geschreven dat de persoonsgebondenheid enerzijds voortvloeit uit het feit dat sprake is van een contract, maar anderzijds – en meer nog – uit het feit dat sprake is van samenwerking in de context van de uitoefening van een beroep of bedrijf ‘intuitu personae’, dus met het oog op de persoon van de wederpartij en diens kwaliteiten en inbreng.¹⁰⁸⁰ ‘Meer nog’ omdat het contract – lees: de betrokkenheid en doelgebondenheid – bestaat vanwege de persoon en diens kwaliteiten, en *niet* andersom. De consensus of het contract kan – zoals in de *dierenartspraktijk* – een kwalificatie ‘achteraf’ zijn.

Dat is precies wat partijen in de samenwerking en hun adviserende advocaten zich zouden dienen te realiseren in een vergelijkbare situatie als die van de casus: namelijk dat wat Rechtbank, Hof en Hoge Raad hier doen is het bij gebreke van formele kenmerken achteraf plakken van een etiket ‘maatschap’, terwijl in de praktijk het ‘vooraf’ de de ‘besloten ledenverhouding’ constituerende elementen zijn die verbintenissen en dus ook acties op grond van de betamelijk-

¹⁰⁷⁹ Zie rov 3.6.3. arrest Hoge Raad.

¹⁰⁸⁰ Vgl. ook Pitlo & Cahen, Kort Uitleg, over artikel 3:175 lid 1 BW.

heid, via artikelen 2:8, 6:2 en 6:248 BW of 6:162 BW, met zich brengen. Dat sluit aan op de idee van de precontractuele goede trouw en de gehoudenheden die daaruit voortvloeien.¹⁰⁸¹ Het gaat daarbij mede om ‘actieve reflectie’ op het eigen gedrag. Het is dus ook niet gezegd dat genoemde elementen in een andere setting van arbeids-, management- of franchiseovereenkomst niet vergelijkbare rechtsgevolgen zouden kunnen construeren. Het is dus ook niet gezegd dat die elementen geen rol spelen als er helemaal geen contractuele relatie is.¹⁰⁸²

Consequent doorgeredeneerd zou A., indien hij eerder op basis van concrete aanwijzingen daarvoor zou hebben zien aankomen dat B., C. en D. hem op punt van goodwill-vergoeding niets zouden willen gaan uitkeren, ook in een eerder stadium hebben kunnen vorderen, bijvoorbeeld in kort geding, dat hem werd uitbetaald. Belang zal hem daarbij niet kunnen worden ontzegd, de dreiging van niet betaling zal door hem voldoende concreet moeten worden gemaakt. Hij zou mogelijk ook hebben kunnen opzeggen aan B., C. en D. en dat van een vordering tot uitbetaling vergezeld kunnen doen gaan.

Omgekeerd zouden B., C. en D. aan A. hebben kunnen opzeggen om daarmee duidelijkheid te bewerkstelligen vanuit hun perspectief aangaande de door hen gewenste beëindiging of aanpassing van hun onderlinge rechtsverhouding. En eventueel andere eisen hebben kunnen stellen voor zover daarmee opkomend voor een aan hun zijde als rechtens relevant te erkennen belang. Dat belang zou ook gelegen hebben kunnen zijn in de overname van het aandeel van A. in de dierenartspraktijk. Deze aspecten worden aan de hand van een concrete casus in paragraaf 3 hierna nog uitgewerkt.

1.4.4 Consensualiteit en functie opzegging bij B.V.

Wordt nu het voorgaande in de modelmatige benadering afgezet tegen de situatie bij een B.V. dan lijkt in een B.V.-context voor de hiervoor bedoelde redenering – eigenlijk de idee van een uit ‘actieve reflectie’ onder omstandigheden voortvloeiende gehoudenheid ‘het zo ver niet te laten komen’ – zeker ruimte te bestaan, ook in 50/50 situaties waar de vennootschapsrechtelijke instrumenten (uitgaande van de wettelijke idee van besluitvorming bij gewone meerderheid) door de alsdan bestaande impasse tekort schieten. Dit uitgangspunt wordt in het vervolg van deze paragrafen verder uitgewerkt.

¹⁰⁸¹ Vranken 1989. HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

¹⁰⁸² HR 8 december 1995, NJ 1996, 274 (*K./G.S.*): ‘Een verplichting tot het doen van rekening en verantwoording kan slechts worden aangenomen indien tussen partijen een rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan krachtens welke de een jegens de ander verplicht is om zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden. Een rechtsverhouding die een dergelijke verantwoordingsplicht impliceert, kan, zoals in casu, voortvloeien uit hetgeen onder bepaalde omstandigheden volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.’

Alvast wel kan worden opgemerkt dat, wordt de idee van de ledenverhouding als derde schil over de B.V. gelegd, de beide andere niveaus bestaan uit ten eerste de B.V. als rechtsersoon en ten tweede de door de B.V. gedreven onderneming als voor verhaal door vennootschapsschuldeisers vatbaar vermogen.

Tot de derde laag behoren in het model de zeggenschapsrechten die op de boven omschreven wijze *geacht* moeten worden door de aandeelhouders in de besloten ledenverhouding te zijn ingebracht. Daarbij wordt de wil van partijen geconstrueerd uit objectief te interpreteren elementen, te weten *consensus*, gelijkheid/gelijkwaardigheid, verdeling van voordeel, inbreng en gerichtheid op voordeel voor alle deelnemers – N.B. (!) – in het kader van een beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking, maar ook en vooral uit vertrouwen, de wederzijdse kenbaarheid van betrokken belangen en de doelverbondenheid.

Contractuele, consensuele en maatschappelijke zorgvuldigheid zijn – zoals ook hieronder nog verder zal blijken – amper te scheiden: eigenlijk gaat het om lidmaatschapsrechtelijke betamelijkheid. Passend gedrag.

De voorgaande elementen worden in dit boek verder de de besloten ledenverhouding en betrokkenheid bij de rechtsersoon – dus de (aard van de) *lidmaatschapsverhouding* – constituerende elementen genoemd. Daarbij spelen zowel de in de interne verhoudingen gedane mededelingen als de visie van derden een rol, maar ook de wederzijdse kenbare afhankelijkheid qua inkomen en vermogen, en verder het feit dat de inzet niet op dagelijkse basis in detail kan worden vastgelegd waardoor de factor vertrouwen de boven beschreven betekenis heeft. Het sluit aan op de jurisprudentie van de Ondernemingskamer betrekking hebbende op geschillen in besloten verhoudingen.¹⁰⁸³

¹⁰⁸³ Bijvoorbeeld OK 2 augustus 2005, ARO 2005, 153 en ARO 2008, 10 (*De Hasker*), OK 18 augustus 2005, ARO 2005, 161 (*Dubbelhuis en De Olde Molen*), OK 14 december 2005, ARO 2006, 3 (*Versatel*), OK 21 december 2005, ARO 2005, 6 (*EVC International*), OK 11 januari 2006, ARO 2006, 26 (*Finoren Holding*), OK 18 januari 2006, ARO 2006, 35 (*Laurus*), OK 1 februari 2006, ARO 2006, 46 (*S. van Baarsen Halfweg*), OK 24 februari 2006, ARO 2006, 58 (*CDG*), OK 7 maart 2006, ARO 2006, 65 (*T&L Verzekeringen*), OK 3 mei 2006, ARO 2006, 97 (*Bonne Route Holding*), OK 9 mei 2006, ARO 2006, 99 (*TriQorp*), OK 13 juli 2006, ARO 2006, 133 (*Audilux*), r.o. 3.7 en 3.9, concl. A-G Timmerman onder 4.4 – 4.6 bij HR 1 september 2006, ARO 2006, 160 (*Emba*),), OK 24 november 2006, ARO 2006, 192 (*De Leeuw*), OK 24 november 2006, ARO 2006, 195 (*Elf*), OK 28 december 2006, ARO 2007, 6 en HR 14 maart 2008, ARO 2008, 56 (*Begemann*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 43 (*Dutch A&A*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 45 (*Bleijlevens Heerlen*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 46 (*ITPB*), OK 19 april 2007, ARO 2007, 72 (*Begemann*), OK 22 juni 2007, ARO 2007, 102 (*Micam*), OK 27 september 2007, ARO 2007, 161 (*Heem Estate*), OK 7 januari 2008, ARO 2008, 18 (*Delascos Holding*), OK 10 januari 2008, ARO 2008, 20 (*PCM*), r.o. 3.23, OK 6 mei 2008, ARO 2008, 88 (*Wilmont*), 19 mei 2008, ARO 2008, 104 (*Elephas*), OK 31 juli 2008, ARO 2008, 132 (*Welsi Holding*), r.o. 3.3, OK 10 september 2008, ARO 2008, 155 (*Janssen Holding*), OK 2 februari 2009, ARO 2009, 32 (*STAK*

Tot de ‘ledenverhouding’ behoren alsdan allereerst de zeggenschapsrechten zoals deze in traditionele zin op alle belangrijke vennootschappelijke onderwerpen kunnen worden uitgeoefend. Hierbij wordt gedoeld op de onderwerpen waarop de in hoofdstuk 1, paragraaf 1.4 aangeduide fundamentele wettelijke voorschriften betrekking hebben als het gaat om de organisatie en de structuur van de vennootschap en de verbonden onderneming (i.e. verantwoordingsrecht) – die in de ‘verticale relatie’ tussen aandeelhoudersvergadering en bestuur uitgaan van een werkend systeem van ‘checks and balances’.

De ‘besloten ledenverhouding’ wordt in het bijzonder genormeerd door de ‘goede trouw’ als bijzondere betamelijkheidsnorm, zowel tot uitdrukking komend via de artikelen 2:8 BW, 6:2 BW en 6:248 BW als via de artikelen 6:74 en 6:162 BW.

Mede ook hierdoor is het *Haviltex*-criterium bij de uitleg van verklaringen en gedragingen in een rechtspersonenrechtelijke context essentieel.

Het voorgaande maakt het model, dat eigenlijk bijna geen model meer is, verder af. Het lijkt er op dat de eerder in hoofdstuk 1, paragraaf 1.2 gesignaleerde ‘overlap’ volledig is.

Die overlap is er evenwel ook nog op een ander terrein, zo blijkt uit paragraaf 1.5 hierna.

In paragraaf 1.6 wordt ter afsluiting van deze modelmatige benadering nog ingegaan op de positie van de zeggenschapshouders in de respectievelijke beheer-B.V.’s.

1.5 Contract, statuten, combinatie: deviatie?

Artikel 809 lid 3 Ow 7.13 BW bepaalde dat een besturende vennoot gehouden was tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Was dat in essentie ‘nodig’? Met andere woorden: zou zonder die bepaling niet hetzelfde hebben gegolden? Let wel: binnen de context van een op de beschreven wijze door de goede trouw

Bloem), OK 17 februari 2009, ARO 2009, 45 en HR 10 september 2010, ARO 2010, 140, concl. Timmerman (*Butôt Holding*), OK 27 maart 2009, ARO 2009, 58 (*Pine Digital*), OK 24 april 2009, ARO 2009, 64 (*Allstar*), r.o. 3.13 en 14, OK 15 mei 2009, ARO 2009, 78 (*Flora Plus*), OK 29 mei 2009, ARO 2009, 82 (*Broekmans Assurantiën*), OK 29 mei 2009, ARO 2009, 84 (*Triple E*), OK 9 juli 2009, ARO 2009, 119 (*Bergmont*), OK 25 augustus 2009, ARO 2009, 129 (*Biotempt*), OK 26 augustus 2009, ARO 2009, 131 (*Executives*), OK 30 oktober 2009, ARO 2009, 161 (*Cancun Holding*), OK 4 november 2009, ARO 2009, 164 (*3ple-Media*), OK 9 november 2009, ARO 2009, 167 (*iBiz*).

beheerste personenvennootschap met contractuele grondslag? De vraag stellen is haar beantwoorden: nee.

Nu artikel 2:9 BW. Is die bepaling nodig? In een open N.V. waar het uitgangspunt van meerderheidsbesluitvorming geldt, is de bepaling passend. De aandeelhouder staat op afstand, oefent op die afstand stemrechten uit terzake aangelegenheden tot de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering behorende. Het gaat dan om bevoegdheden betreffende de inrichting en structuur van de vennootschap (benoeming en ontslag van bestuurders, statutenwijziging, ontbinding, fusie, etc.) die in hoofdstuk 2, paragraaf 2.2 zijn beschreven. Daarbij past dat de bestuurder de wettelijke opdracht krijgt zijn door wet en statuten bepaalde taak behoorlijk te vervullen. Dit is de institutionele benadering. Er hoeft geen contractuele relatie te zijn tussen de aandeelhoudersvergadering, positie innemende voor de rechtspersoon, en de bestuurder die constitutief is voor de wijze van taakvervulling door het bestuur. Niet het contract, maar wet en statuten constitueren die gehoudenheid daarom.

Dan de B.V. of flex-B.V. met een besloten ledenverhouding. Strekking is hier niet te betogen dat artikel 2:9 BW of artikel 809 lid 3 Ow 7.13 BW niet nuttig zou zijn of dat niet begrijpelijk is dat de bepaling in de wet is of wordt opgenomen of dat zij geen functie heeft. Per slot van rekening houdt het B.V.-recht ook een aantal belangrijke wettelijke verplichtingen in die onder het bereik van artikel 2:9 BW vallen. Statutaire verplichtingen als de doelomschrijving zijn in dit verband niet minder belangrijk en statuten kunnen daarnaast nog andere niet minder belangrijke bepalingen bevatten. Wet en statuten hebben intussen ook andere functies, maar daar gaat het nu even niet om. Strekking is wel te betogen dat gelet op het consensuele karakter van de besloten ledenverhouding en de daardoor geldende normen net als bij de personenvennootschap ‘minder’ behoefte aan een bepaling als artikel 2:9 BW bestaat. Let wel: het gaat om nuance.

Hoe komt het nu dat aan artikel 2:9 BW of artikel 809 lid 3 Ow 7.13 BW in consensuele relaties minder behoefte bestaat? Dat heeft enerzijds alles te maken met het instrumentele karakter van de relatie tussen besloten ledenverhouding en bestuur en uit het daaruit uit der aard voortvloeiend verantwoordingskarakter. Gehoudenheid tot verantwoording die immers voortvloeit uit een algemeen verbintenisrechtelijk uitgangspunt te weten dat het voeren van vermogensrechtelijk beleid voor een ander tot de rechtvaardiging ervan verplicht. Zulks op de wijze als beschreven in hoofdstuk 2, paragraaf 2. Vergelijkbaar met de overeenkomst van opdracht. Dat is op zichzelf niet zo bijzonder.

Maar met dat algemeen verbintenisrechtelijke uitgangspunt is ook iets anders aan de hand dat ook daarom laat zien dat de besloten ledenverhouding een ander karakter heeft dan de klassieke open vormen, mede in aanmerking genomen de doelgebondenheid ervan en de in acht te nemen goede trouw. Relevant is dat

daarmee de baron van Münchhausen kan worden gepasseerd als het gaat om het feit dat artikel 2:8 BW een belangrijke bepaling is, maar wel een belangrijke bepaling binnen het systeem zelf. Dit wordt in de volgende paragrafen toegelicht.

Daarmee wordt tegelijk – ‘back to basics’ – helder wat nu in algemeen verbintenissenrechtelijke termen de essentie is van de lidmaatschapsrechtelijke verantwoording, welke vormen die verantwoording kan aannemen – te vertalen in acties – en wat de rol van de opzegging – waarvan de betekenis in een groot aantal opzichten intussen al duidelijk is – daarbij in essentie is.

Het maakt ook duidelijk waarom dit boek rechtspersonenrecht als een in alle opzichten geïntegreerd onderdeel van het vermogensrecht beschouwt.

1.5.1 Beleid bepalen

In de standaardsamenwerking *bepalen* A., B., C. en D. binnen de besloten ledenverhouding het beleid voor de rechtspersoon. Van een ledenverhouding die kwalificeert als besloten is in het model sprake indien en voor zover de onderlinge verhouding tussen A., B., C. en D. persoonsgebonden is op de wijze als boven omschreven.

In het model voeren B. en D. beleid uit. Aldus moet verder worden onderscheiden naar het *bepalen* van beleid door A., B., C. en D. als leden en het *(uit)voeren* van beleid door B. en D. als bestuurders.

Het voeren van beleid voor degene die het beleid bepaalt, kan geschieden met een zekere mate van autonomie of beleidsvrijheid. Dan is *ook* sprake van beleid bepalen, maar in afgeleide zin. Soms vloeit die vrijheid voort uit wet, statuten of overeenkomst. Soms ook bestaat een uit wet, statuten of overeenkomst voortvloeiende gehoudenheid tot het in zekere ‘gebonden’ autonomie voeren van beleid. Hier wordt dan toch gesproken van het *(uit)voeren* van beleid.

Beleid bepalen heeft een feitelijke en een juridische betekenis. In de juridische betekenis gaat het om bevoegdheid: de bevoegdheid om in de interne verhoudingen van de rechtspersoon aan de rechtspersoon toe te rekenen besluiten te nemen die betrekking hebben op het algemene beleid van de rechtspersoon. De besluiten kunnen bij unanimititeit genomen worden en bij meerderheid.

Besluiten bij unanimititeit hebben ‘verticaal’ betekenis. Besluiten bij meerderheid hebben ook ‘horizontaal’ betekenis.

Bij besluiten bij meerderheid heeft A. als minderheidsaandeelhouder zich als hoofdregel neer te leggen.¹⁰⁸⁴ Het belang zich niet te hoeven neerleggen bij door de meerderheid bepaald beleid wordt gewaarborgd door de eis van unanimiteit, in wet, statuten of contract of daaruit voortvloeiende.

Dit laatste betekent dat de uit het personenvennootschapscontract terecht wel afgeleide unanimiteits-eis niet principieel aan denken in termen van belangenafweging in de weg staat. In geval van een unanimiteitseis wordt als hoofdregel aan belangenafweging in de onderlinge – horizontale – verhouding niet toegekomen, tenzij het ‘tegen’ stemmen in strijd is met de goede trouw, in de vorm van een soort misbruik van minderheidsmacht.

Het bepalen van het algemene beleid komt tot uitdrukking in de bevoegdheid tot het nemen van besluiten inzake benoeming en ontslag van bestuurders, in het verlenen van decharge naar aanleiding van het doen van rekening en verantwoording door bestuurders, in de vaststelling van de jaarrekening, in de wijziging van de vennootschapsovereenkomst of de statuten, etc. In deze juridische betekenis gaat het om het verrichten en kunnen verrichten van rechtshandelingen strekkende tot de inrichting en de structuur van de vennootschap en het bepalen van het strategische beleid:¹⁰⁸⁵ het nemen en kunnen nemen van alle besluiten ten aanzien van beheers- en beschikkingshandelingen die vanuit het perspectief van A., B., C. en D. voor de verwezenlijking van het doel van de rechtspersoon relevant zijn, en zelfs tot de wijziging van dat doel.

Aanvullend en corrigerend in de onderlinge verhouding wat betreft het nemen en kunnen nemen van deze besluiten zijn in open verhoudingen zoals de N.V. de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. Besluiten dienen die toets zowel ten opzichte van de rechtspersoon als ten opzichte van de minderheid te doorstaan. Dat is de redelijkheid en billijkheid ‘volgens het systeem’ (wat overigens niet uitsluit – zie hoofdstuk 1, paragraaf 1.5 – dat artikel 2:8 BW een bredere betekenis heeft).

In de juridische betekenis is het bepalen van beleid altijd vermogensrechtelijk relevant: het gaat immers bij besluiten strekkende tot het bepalen van beleid altijd om het verrichten van rechtshandelingen die aan de rechtspersoon worden toegerekend. Die besluiten kunnen soms ook impliciet genomen worden geacht.

¹⁰⁸⁴ OK 19 december 2005, ARO 2006, 5 (*Lambers Beheer*), OK 24 mei 2007, ARO 2007, 83 (*KBK Beheer*), OK 29 juni 2007, ARO 2007, 103 (*2H Media*), OK 5 november 2007, ARO 2007, 172 (*FHP*), OK 17 juni 2008, ARO 2008, 109 (*KPN Narrowcasting*), OK 13 oktober 2008, ARO 2008, 164 (*IJsselmeerpolders*).

¹⁰⁸⁵ Vgl. Asser-Maeijer 2-II (2000) nr. 291, concl. A-G Wesseling-Van Gent sub 2.7 bij HR 18 april 2003, ARO 2003, 80 (*RNA*).

De feitelijke betekenis van beleid bepalen is – eventueel ook zonder bevoegdheid of mandaat daartoe – leiding geven of aansturen door het uitoefenen van zeggenschap over de gang van zaken binnen het bereik waarover leiding wordt gegeven. In de feitelijke betekenis kan het bepalen van beleid vermogensrechtelijk relevant zijn: bijvoorbeeld beleid dat neerkomt op handelen of nalaten dat kwalificeert als onrechtmatige daad, intern, binnen het bereik of extern, daarbuiten.

Het *(uit)voeren* van beleid voor een ander heeft ook een feitelijke en een juridische betekenis. In beide vormen kan het deel uitmaken van een bijzondere rechtsverhouding die tot de rechtvaardiging van vermogensrechtelijk beleid verplicht. De gehoudenheid tot rechtvaardiging kan voortvloeien uit de wet, zoals zaakwaarneming, of uit contract, zoals opdracht, maar ook uit ongeschreven recht: in de kern is het een betamelijkheidsnorm die net aan de onrechtmatige daad vooraf gaat.

Degene die vermogensrechtelijk beleid voert ‘voor een ander’ staat tot die ander in een rechtsverhouding die tot de rechtvaardiging van dat beleid verplicht.

1.5.2 Rechtvaardiging van vermogensrechtelijk beleid

Rechtsverhoudingen die tot de rechtvaardiging van vermogensrechtelijk beleid verplichten zijn er veel. Naast zaakwaarneming en opdracht kunnen worden genoemd gemeenschap, voogdij, curatele, lastgeving, rentmeesterschap, ouderlijke macht en bewind. Voorts kan worden gedacht aan bijzondere rechtsverhoudingen waarbij een beleid te verantwoorden valt zoals de verhouding tussen pandhouder en pandgever, alsmede aan rechtsverhoudingen waarbij rekening en verantwoording uitdrukkelijk of stilzwijgend kan worden bedongen (huur, vervoersovereenkomst, expeditieovereenkomst, bevrachting, erfpacht, opstal, beklemming, gebruik, bewoning, bruiklening, verzekering) en participatiecontracten. En natuurlijk de maatschap, V.O.F., C.V.,¹⁰⁸⁶ ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’, flex-B.V. en besloten coöperatie.

Dat iemand die beleid voert voor een ander daarover aan die ander verantwoording aflegt is een uit Romeins recht afkomstig rechtsprincipe.¹⁰⁸⁷ De meest basale uitdrukking is de rekenprocedure geregeld in de artikelen 771 e.v. Rv. De rekenprocedure is gecompliceerd, verouderd en heeft een subsidiair karakter.

¹⁰⁸⁶ Vgl. conclusie A-G Asser bij HR 8 februari 1991, NJ 1991, 338 (*Schurer*), voorts Valckenier Kips 1891, p. 28, Maris 1923, p. 21 en 72 e.v., Jolles 1932, p. 5-6, Clavareau 1932, p. 3 e.v., Van Rossem & Cleveringa 1972, p. 1560, Coops/Zonderland 1980, p. 345, Sterk 1990, p. 202 en Hugenholtz & Heemskerk 2009, p. 254. Vgl. ook nt. Cahen bij HR 27 maart 1992, NJ 1992, 377 (*Van Meurs/Ciba-Geigy*), AA 1992, p. 605.

¹⁰⁸⁷ Uit de aard is de rekenplicht een mededelingsplicht. HR 3 dec. 1971, NJ 1972, 338 (*X/Y*), HR 25 maart 1977, NJ 1977, 448, nt. Heemskerk en concl. Berger (*Hoogewerf/van der Poel*), HR 8 februari 1991, NJ 1991, 338, concl. Asser (*Schurer*), HR 2 december 1994, RvdW 1994, 262 (*Elisabeth J./Johannes J.*), HR 8 december 1995, NJ 1996, 274 (*K./S.*).

De plaats van de rekenplicht binnen de systematiek van het verbintenissenrecht laat zich, zoals Vranken in diens conclusie bij HR 8 december 1995, NJ 1996, 274 (K./G.S.) opmerkt, duiden aan de hand van hetgeen waartoe een vordering tot rekening en verantwoording in het perspectief van de belanghebbende meestal zal dienen te leiden, te weten de afdracht van een saldo.¹⁰⁸⁸

Vranken schrijft dat aan de belanghebbende die aanspraak maakt op de afdracht van het saldo als uitgangspunt vier acties ter beschikking staan,¹⁰⁸⁹ te weten:

- (1) de actie tot het verkrijgen van rekening en verantwoording over gevoerd beheer op de voet van art. 771 Rv, al of niet met daaraan gekoppeld een vordering tot uitbetaling van het saldo. Een parallel ligt hier voor de hand met de boven gememoreerde verantwoording in het kader van de overeenkomst van opdracht, waar de wet die actie in artikel 7:403 lid 2 BW expliciet noemt;
- (2) een rauwelijkse vordering tot uitbetaling van het saldo, waarvoor de eis wordt gesteld dat dit saldo op eenvoudige wijze vaststelbaar is. Onder deze categorie wordt hier ook begrepen de vordering ex artikel 3:296 BW tot nakoming van een wettelijke of contractuele verplichting tot uitkering van een saldo;¹⁰⁹⁰
- (3) de actie tot het verkrijgen van schadevergoeding wegens het niet (deugdelijk) nakomen van contractuele verplichtingen bij het voeren van beheer; en/of
- (4) de actie tot het verkrijgen van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad bij het voeren van beheer.¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁸ Kaser & Wubbe 1971, p. 219 t.a.v. de *societas*: 'alles hangt af van een goede onderlinge verstandhouding. Zodra daaraan iets hapert, kan ieder der socii aan de vennootschap een einde maken. Pas als de *societas* is beëindigd kan de *actio pro socio*, een *bonae fidei iudicium*, worden ingesteld. Deze actie is (evenals de *actio mandati*, de *actio negotiorum gestorum* en de *actio tutelae*) gericht op afrekening, gewoonlijk dus op het saldo, dat de een van de ander te vorderen heeft na verrekening van de schulden over en weer, die uit de vennootschapsverhouding zijn ontstaan. In aanmerking komen voornamelijk vorderingen tot uitkering van een winstaandeel alsook tot schadevergoeding wegens achterwege gebleven inbreng of wegens noodzakelijke, voor de vennootschap gemaakte kosten (b.v. om tot een evenredige verdeling van het verlies te komen), alsmede vorderingen tot vergoeding van schade door eiser geleden, omdat gedaagde mede-vennoot zich in strijd met de goede trouw heeft gedragen.'

¹⁰⁸⁹ Zie de conclusie onder overweging 14.

¹⁰⁹⁰ Vegter 1991, p. 153.

¹⁰⁹¹ HR 8 december 1995, NJ 1996, 274 (K./G.S.): 'Een verplichting tot het doen van rekening en verantwoording kan slechts worden aangenomen indien tussen partijen een rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan krachtens welke de een jegens de ander verplicht is om zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoor-

De drie laatste categorieën van acties (rauwelijkse vordering, wanprestatie en onrechtmatige daad) zijn vanzelfsprekend niet primair gericht op het afleggen van rekening en verantwoording, maar kunnen daartoe binnen een procedure, in het kader van de verdeling van bewijslast wel aanleiding geven.

Bij de opmerking van Vranken dat de afdracht van het saldo duidend is voor de plaats van artikel 771 Rv – en eigenlijk voor alle acties tot het afleggen van rekening en verantwoording – binnen de systematiek van het vermogensrecht, zijn tenminste twee voor het onderwerp belangrijke kanttekeningen te plaatsen:

- (1) systematisch moge het zo zijn dat de afdracht van het saldo kenmerkend is, het is binnen het ondernemingsrecht gedateerd. Binnen het ondernemingsrecht als verantwoordingsrecht is door de betekenis en ontwikkeling van het bestuursbegrip met en binnen de idee van ‘corporate governance’¹⁰⁹² en ook door wat in essentie neerkomt op ‘het belang bij positieve en transparante nakoming van alles wat goed bestuur als verplichting inhoudt’ de nadruk tenminste net zo sterk komen te liggen op de behoorlijke vervulling van de beheers- en bestuurstaak zelf.

Aan dit uitgangspunt geven nogal wat bijzondere wettelijke bepalingen, zoals artikel 2:117/217 lid 2 BW (de informatieplicht van het bestuur aan de vergadering van aandeelhouders),¹⁰⁹³ jurisprudentie en per 1 januari

den. Een rechtsverhouding die een dergelijke verantwoordingsplicht impliceert, kan, zoals in casu, voortvloeien uit hetgeen onder bepaalde omstandigheden volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.’

¹⁰⁹² OK 16 november 2005, ARO 2005, 196 (*UMI Beheer*), OK 8 september 2005, ARO 2005, 186 (*Smit Transformatoren*) (volgens stelling ondernemingsraad), OK 5 augustus 2005, ARO 2005, 159 (*Samlerhuset*), OK 4 augustus 2005, ARO 2005, 166 (*NIBO*), OK 5 augustus 2005, ARO 2005, 167 (*Viba*), OK 14 december 2005, ARO 2006, 3 (*Versatel*), OK 18 januari 2006, ARO 2006, 35 (*Laurus*), OK 6 juli 2006, ARO 2006, 137, HR 9 juli 2007, ARO 2007, 81, concl. A-G Timmerman (*TCA*), OK 28 december 2006, ARO 2007, 7 (*KPNQwest*), OK 1 februari 2007, ARO 2007, 33 (*GreenSwan*), OK 8 februari 2007, ARO 2007, 34 (*De Benpuck*), OK 19 april 2007, ARO 2007, 72 (*Begemann*), OK 21 juni 2007, ARO 2007, 100 (*The Greenery*), OK 4 juli 2007, ARO 2007, 126 (*Samlerhuset*), HR 14 september 2007, ARO 2007, 155 (*Versatel*), OK 21 januari 2009, ARO 2009, 24 (*GreenSwan*), OK 13 mei 2009, ARO 2009, 77, ARO 2009, 127 en HR 9 juli 2010, NJ 2010, 544, concl. A-G Timmerman (*ASMI*), waarover Schoenmaker-Tijsseling 2011, p. 83 e.v.

¹⁰⁹³ HR 9 juli 2010, NJ 2010, 544, concl. A-G Timmerman (*ASMI*), r.o. 4.6: ‘Het bestuur en de RvC zijn gehouden aan de AvA, behoudens zwaarwichtige redenen, alle verlangde inlichtingen te verschaffen (art. 2:107 lid 2 BW). Iedere aandeelhouder heeft voorts ter vergadering zelfstandig het recht vragen te stellen - ongeacht of deze betrekking hebben op punten die op de agenda zijn vermeld - en de vennootschap dient die vragen te beantwoorden (art. 9 lid 1 en 2 EG-Richtlijn nr. 2007/36 van 11 juli 2007 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen, PbEU 2007, L 184/17). Daarbuiten hebben aandeelhouders geen recht op het verstrekken van door hen afzonderlijk verlangde informatie. Het recht op nadere inlich-

2013 nog de wijziging van artikel 2:9 BW uitwerking en invulling. Het is een van de leidende uitgangspunten in het ondernemingsrecht als verantwoordingsrecht, althans in de Nederlandse rechtsopvattingen.¹⁰⁹⁴ Het gaat dan in het bijzonder om de verticale relatie.

Het uitgangspunt heeft vennootschapsrechtelijke en effectenrechtelijke betekenis;

- (2) in de horizontale relatie is – in tegenstelling tot bij open verhoudingen – de idee van rechtvaardiging door de meerderheid over gevoerd beleid ten opzichte de minderheid ook in besloten ledenverhoudingen aan de orde; uitdrukking is de positieve gehoudenheid tot het voorkomen van belangenvermenging en het geven van openheid, zoals eerder gegemoreerd in de inleiding, paragraaf 5, en aan de orde in een lange lijst van daar aangehaalde jurisprudentie in het enquêterecht.

Dat vloeit voort uit het karakter van de besloten ledenverhouding zoals hierboven omschreven en met name uit het verantwoordingskarakter ervan.

Zowel in open als in besloten verhoudingen geldt dat beleidsbepaling door de meerderheid zich niet beperkt tot de verhouding meerderheid/minderheid, maar dat met het door de meerderheid in het bevoegde orgaan genomen besluit ook de wil van de rechtspersoon komt vast te staan. Daardoor is een meerderheid/minderheids-vraagstuk steeds ook rechtspersoon/minderheid-vraagstuk. Bevoegde beleidsbepaling door de meerderheid (beleidsbepaling met voldoende mandaat) wordt beleid van de rechtspersoon.

Maatstaven voor de open ledenverhouding zijn daarbij het wettelijk en statutaire kader (de wettelijke bevoegdheden, het statutaire doel, etc.) en de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. En maatstaven van effectenrecht. Maatstaven voor de besloten ledenverhouding zijn *naast* de wettelijke en statutaire maatstaven de doelverbondenheid, de goede trouw en de – onder meer – door de bijzondere beroeps- of bedrijfsmatige werkzaamheid tot uitdrukking komende betrokkenheid in de besloten ledenverhouding zoals boven omschreven.

Hierdoor kan ook het uitblijven van beleid – en dat is het verschil tussen een open en een besloten verhouding – in relatie tot die uitgangspunten in de onderlinge ledenverhouding vermogensrechtelijke relevant zijn. Het is daardoor dat belangen-

tingen is een recht van de AvA als orgaan van de vennootschap, verleend met het oog op vennootschappelijke rekening en verantwoording. De ondernemingskamer heeft in rov. 3.16 kennelijk in overeenstemming met het vorenstaande geoordeeld.'

¹⁰⁹⁴ Vgl. concl. A-G Wesseling-Van Gent sub 3.29 – 3.32 bij HR 18 april 2003, ARO 2003, 80 (RNA), HR 9 juli 2010, NJ 2010, 544 concl. A-G Timmerman (ASMI).

vermenging in besloten verhoudingen thema is en uit meer te verklaren dan alleen de normen van artikel 2:8 BW, wat systeem-normen zijn, en 2:9 BW, wat een norm is tegenover de rechtspersoon en niet tegenover de minderheidsaandeelhouder.

Met het voorgaande wordt niet betoogd dat die uitgangspunten in een besloten ledenverhouding niet via artikel 2:8 BW – en mogelijk ook artikel 2:9 BW, waarover nog hieronder paragraaf 2 en verder – tot uitdrukking kunnen komen, integendeel. De eigenlijke grondslag voor de invulling van die normen ligt alleen anders, ook buiten het systeem: in de besloten ledenverhouding en de daarin besloten liggende idee van rechtvaardiging van beleid en de daarbij in acht te nemen goede trouw. Dat betekent niet dat in iedere besloten ledenvergadering de minderheid teneinde de meerderheid tot een vorm van correctie te dwingen die meerderheid steeds met succes op dit uitgangspunt kan aanspreken. Dat geldt ook niet voor een beroep op artikel 2:8 BW. Het betekent wel dat de uitgangspunten van de besloten ledenverhouding in voorkomende gevallen op deze wijze toetsbaar zijn.

Het is ook niet de bedoeling naast of in de plaats van artikel 2:8 BW een nieuwe criterium te introduceren. Waar het hier wel om gaat is het identificeren van achterliggende lijnen en patronen, het referentiekader.

Beleidsbepaling heeft dus niet alleen een verticale component – in de verhouding leden/bestuurders – maar ook een horizontale – als het gaat om toerekening van besluiten van de leden in de ledenvergadering aan de rechtspersoon. In beide gevallen kan het gaan om beleid dat vermogensrechtelijk relevant is. Sterker: bevoegde beleidsbepaling door het nemen van besluiten in de horizontale relatie is, omdat het gaat om besluiten van het daartoe bevoegde orgaan die aan de rechtspersoon worden toegerekend, en het dus gaat om rechtshandelingen, altijd vermogensrechtelijk relevant.

In de besloten ledenverhouding is evenwel *ieder* handelen of nalaten ook toetsbaar aan de uitgangspunten van die verhouding. Sprake is daarom, in aanmerking genomen hetgeen hierboven over de aard en inhoud van de besloten ledenverhouding werd opgemerkt, ook in horizontale zin van een rechtsverhouding die tot de rechtvaardiging van vermogensrechtelijk beleid verplicht.

1.5.3 Voorbeeld

Twee aandeelhouders B. en D., tevens bestuurders van Lipsom B.V., kennen elkaar al veertig jaar en zijn samen met hun respectieve partners A. en C. al twintig jaar op basis van eertijds bestaande vriendschap aan de onderneming verbonden. Op een dag delen C. en D. aan A. en B. mee dat zij bedankt worden en dat voortzetting van de relatie met hen niet op prijs wordt gesteld (vergelijkbars gebeurt overigens in varianten ook in personenvennootschappen).

De onderneming van de vennootschap verkeert nog niet in ernstige moeilijkheden maar het zal waarschijnlijk niet lang duren voor het zover is. C. en D., die de mededeling doen, werken vervolgens nergens aan mee, niet aan waardering- en prijsbepaling,¹⁰⁹⁵ niet aan het uitbrengen van een bod en niet aan de formulering van condities waaronder de een of de ander kan voortzetten, maar willen stellig wel zelf door met het bedrijf, dat overigens geen personeelsleden heeft. A. en B. zitten met een probleem waar zij niet zomaar een oplossing voor hebben. Moeten zij zelf gaan opzeggen? Aan wie of waaraan? Is de mededeling van C. en D. dat voortzetting van de relatie met A. en B. niet langer op prijs wordt gesteld te begrijpen als een opzegging aan hen? Als een scheidingsmelding? Kan die mededeling worden gevolgd door opzegging door A. en B. aan C. en D.? Is daar grondslag voor? Welke rechtsgevolgen heeft dat?

Kort geding dan? Een vordering in kort geding in te stellen door A. en B. tot gedwongen overdracht door C. en D. van de door hen gehouden aandelen in 'Lipsum'? Spoedeisend karakter lijkt te ontbreken en de voorzieningenrechter pleegt te redeneren naar analogie van de wettelijke geschillenregeling.¹⁰⁹⁶ Beroep door A. en B. op de wettelijke geschillenregeling met hetzelfde doel? Aan de restrictieve voorwaarden van de regeling lijkt niet te zijn voldaan. De procedure lijkt te lang te gaan duren en te belastend te zijn. Een vordering door A. en B. tot gedwongen overname door C. en D. van hun aandelen door de andere aandeelhouders? *'Waarom mogen zij wel voortzetten en wij niet?'* zal de reactie van A. en B. zijn als de suggestie tot het instellen van deze actie aan hen wordt gedaan. Het voeren van een enquêteprocedure? De verschillen van inzicht lijken strikt genomen nog niet te leiden tot een onwerkbaar situatie.¹⁰⁹⁷ Er *lijken* (nog) geen gegronde redenen te bestaan om aan een juist beleid te twijfelen.¹⁰⁹⁸

In elk geval bieden de voorzieningen van 2:356 BW (schorsing of vernietiging van besluiten, schorsing of ontslag van bestuurders, tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders, tijdelijke afwijking van bepalingen van de statuten, tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer¹⁰⁹⁹ en ontbinding van de rechtspersoon) niet direct soelaas. Het zijn niet precies passende maatregelen achteraf, wanneer het al mis is gegaan. Onmiddellijke voorzieningen vragen aan de enquête-rechter in het kader van artikel 2:349a lid 2 BW? Er *lijken* – opnieuw – geen gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen. Gesprekken voeren (en blijven

¹⁰⁹⁵ Vgl. OK 5 maart 2003, ARO 2003, 51 (*Makelaardij Huis 77*), OK 7 maart 2003, ARO 2003, 52 (*Willem III Meubilerij Beheer*), OK 20 juni 2003, ARO 2003, 110 (*B&S Hei-lo Holding*), OK 20 januari 2012, ARO 2012, 16 (*Mulix*).

¹⁰⁹⁶ Nt. Bulten bij Hof Den Haag 31 januari 2006, JOR 2006, 175 (*Konsensus*), Rb Arnhem 19 september 2007, JOR 2007/266 (*Sabelspoort Holding en Hermes Beheer/ Laudij Be-heer*) en vzr. Rb. Breda 23 november 2001, KG ZA 11-558 (*Baremans/Muijs*).

¹⁰⁹⁷ OK 2 december 2002, JOR 2003, 38 (*Artemis/Intersong*).

¹⁰⁹⁸ Artikel 2:350 lid 1 BW.

¹⁰⁹⁹ OK 29 november 2005, ARO 2005, 210 (*Dyna Music*).

voeren)? Verder laten derailleren en intussen dossier opbouwen tot wel aan de voorwaarden is voldaan? De huur van het bedrijfspand loopt met vier maanden af en de beide bestuurders zijn afzonderlijk tot vertegenwoordiging bevoegd. Of, al variërend op het thema van de casus: gezamenlijk tot vertegenwoordiging bevoegd, hetgeen kan leiden tot een impasse die ook extern doorwerkt.¹¹⁰⁰

Intussen kan over de vraag of sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen in het perspectief van het voorgaande ook anders worden gedacht. Dat dat kan is belangrijk, ook in relatie tot de wettelijke geschillenregeling.¹¹⁰¹ Waar het om gaat – in aanmerking genomen dat het fenomeen ‘belang’ ook in juridisch perspectief relatief is – is dat de kwalificaties ‘wanbeleid’ en ‘gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen’ uit het enquêterecht en het ‘zodanig schaden van het belang van de vennootschap dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld’ uit de wettelijke geschillenregeling, dus met andere woorden de ernst van de betrokken gedragingen afgemeten zou moeten worden aan de aard van de lidmaatschapsverhouding¹¹⁰² en vervolgens aan de omstandigheden van het geval.¹¹⁰³

Dat afmeten – zo blijkt uit de overvloedige jurisprudentie – is iets wat de Ondernemingskamer in de uitgebreide motiveringen van de door haar gegeven beschikkingen in het enquêterecht ook doet.

Ten aanzien van de wettelijke uitstotingsregeling mitigeert Timmerman onder randnummer 4.11 in zijn conclusie bij HR 13 januari 2012, ARO 2012, 19 (*B.E.K. Holding/De B. Holding en Klarenbeer Beheer*) de strikte eisen voor succesvolle uitstoting enigszins. Hij schrijft:

‘4.11 De maatstaf van art. 2:336 lid 1 BW is echter dat er sprake van moet zijn dat de uit te stoten aandeelhouder door zijn gedragingen het belang van Elf zondanig schaadt, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld. Hierin zijn drie elementen te ontdekken, (i) de gedragingen die aanleiding zijn tot uitstoting; (ii) schade aan het vennootschappelijk belang en (iii) een redelijkheidstoets. Over de invulling van de toetsingsnorm bestaat wel enige onduidelijkheid, maar m.i. is in ieder geval onjuist dat uitstoting niet gerechtvaardigd kan zijn als de betreffende aandeelhouder niet “alles” doet om “de onderneming te gronde te richten”. Dat heeft de Ondernemingskamer dan ook – terecht – niet als

¹¹⁰⁰ OK 20 april 1989, nt. Raaijmakers, AA 38 (1989) 10, 850 (*Best Golf & Country*).

¹¹⁰¹ Concl. A-G Timmerman onder 4.11 bij HR 13 januari 2012, ARO 2012, 19 (*B.E.K. Holding/De B. Holding en Klarenbeer Beheer*). Zie ook OK 30 maart 2010, JOR 2010, 221, nt. Bulten (*B.E.K. Holding/De B. Holding en Klarenbeer Beheer*).

¹¹⁰² OK 3 januari 2006, ARO 2006, 11, HR 15 december 2006, ARO 2007, 1, concl. A-G Timmerman (*Backers en Zoon*).

¹¹⁰³ OK 28 april 2006, ARO 2006, 73 (*Drukkerij Bevrijding*).

uitgangspunt genomen. Ik meen voorts dat niet vereist is dat het voortbestaan van de onderneming direct in gevaar is. Ook als een onderneming bijvoorbeeld vleugellam wordt gemaakt, daardoor flinke schade oploopt – bijvoorbeeld door een verslechterde concurrentiepositie of solvabiliteit –, maar (vooralsnog) niet dreigt om te vallen, moet het mogelijk zijn een querulant uit te stoten. Uit de toelichting bij het voorontwerp van de wet blijkt dat het er om ging dat de besluitvorming werd verlamd en het functioneren van de vennootschap in gevaar werd gebracht. In de literatuur wordt ook aangenomen dat de verhouding niet dusdanig verstoord hoeft te zijn dat het voortbestaan van de vennootschap in gevaar is. De Ondernemingskamer heeft de maatstaf van art. 2:336 BW in casu ingevuld door te oordelen dat de continuïteit van Elf direct in gevaar kwam, wat zowel het voortbestaan als het goede functioneren van de vennootschap kan omvatten.

4.12 Ten tweede neemt het middel (met name de onderdelen 2.b - 2.d) ten onrechte als uitgangspunt dat m.b.t. de individuele besluiten afzonderlijk de conclusie zou moeten worden getrokken dat het belang van de vennootschap in voldoende ernstige mate wordt geschaad. Het kan echter ook voldoende zijn dat de verschillende gedragingen – in casu het blokkeren van de verschillende besluiten – in hun onderlinge samenhang tot de slotsom leiden dat aan de maatstaf is voldaan. Dat kan op basis van directe gevolgen van de gedragingen zijn, in casu bijvoorbeeld doordat het blokkeren van de besluiten zonder ingrijpen tot voldoende ernstige schade zou leiden, maar een meer indirecte gevolgtrekking is m.i. ook denkbaar, bijvoorbeeld doordat het blokkeren van (zelfs) deze besluiten – die met het al dan niet verbreken van de contractuele banden tussen Elf en B.E.K. Holding niets te maken hebben – een gedragslijn laten zien die voor Elf (voldoende) schadelijk is.¹¹⁰⁴

In het algemeen kan worden gesteld dat gedrag mede onrechtmatig wordt door de omstandigheden en het kader waarbinnen dat gedrag plaats vindt – ongenueanceerd gesteld is dat een open deur. Wat hier bedoeld wordt is dat het normatieve kader van de lidmaatschapsverhouding de beperkte feiten – het gaat hier om een tamelijk ‘uitgeklede’ casus – de ernst van de feiten, en dus van de gedane, mededeling bepaalt.

In de geschetste ‘kale’ casus is in aanmerking genomen de aard van de lidmaatschapsverhouding verdedigbaar dat de enkele mededeling dat bedankt wordt voor voortzetting van de relatie, zonder medewerking aan een uit bestuurs- en aandeelhouders perspectief verantwoorde aanpak en begeleiding van wat er door de opzegging van vertrouwen met die relatie en dus met de vennootschap voorzienbaar gaat gebeuren, in combinatie met de opvolgende voorspelbare onbestuurbaarheid

¹¹⁰⁴ Ook OK 30 maart 2010, JOR 2010, 221, nt. Bulten (*B.E.K. Holding/De B. Holding en Klarenbeer Beheer*).

van de onderneming een gegronde reden besloten ligt om aan een juist beleid te twijfelen.

Vanuit bestuursperspectief (dus vanuit D.) is de verantwoordelijkheid van D. terzake verklaarbaar uit artikel 2:9 BW, maar ook – zou dat artikel niet letterlijk van toepassing zijn – vanuit de idee dat – zoals in de inleiding, paragraaf 2 al kort opgemerkt – het stuurloos (krachteloos) laten worden haaks staat op de primaire taak van een bestuurder.

Maar dan vanuit aandeelhoudersperspectief: *waarom* brengen de redelijkheid en billijkheid met zich mee dat de rauwelijkse opzegging kritisch mag worden benaderd? Essentie is dat de scheidingsmelding de ultieme vorm van beleidsbepaling in de horizontale verhouding is: zij is er – in negatieve zin en getoetst aan de uitgangspunten van de besloten ledenverhouding – de ultieme uitdrukking van.

De rauwelijkse mededeling verschilt ook niet van ander feitelijk gedrag dat ter toetsing aan de rechter, in het bijzonder de Ondernemingskamer, zou kunnen worden voorgelegd.

Grondslag voor de enquête-actie door A. en B. zou dan kunnen zijn dat met het doen van de mededeling van het niet verder willen, met het daarmee voorzienbaar passeren van het ‘kantelmoment van de opzegging’, zonder enige vorm van voorbereiding en dus zonder vangnet het belang van de vennootschap zodanig wordt geschaad dat het voortduren van het aandeelhouderschap – jawel: van de opzegger, C. en D. zelf – niet kan worden geduld. De scheidingsmelding is niet te goeder trouw: geen rekening wordt gehouden met de consequenties van de opzegging, geen termijn wordt gegeven, geen serieuze pogingen worden gedaan – zoals beschreven in hoofdstuk 1, paragraaf 2.3 – om zaken bespreekbaar te maken en schade te voorkomen of beperken, geen voorstellen worden gedaan voor de waarde- en prijsbepaling, etc. Dat is voeren van ‘negatief’ beleid dat tot rechtvaardiging verplicht. Het is geen correcte wijze – zo zou het ook gezien kunnen worden – van belangenbehartiging. Het is het ultieme voorbeeld van handelen dat haaks staat op de uitgangspunten van de besloten ledenverhouding zoals boven geformuleerd.

Bij de enquête-actie van A. en B. past dan ook een uitstotingsactie, op te zetten als *Baremans/Muijs-combi*.

Let hierbij wel: het gaat niet alleen om de uitkomst van deze redenering, maar ook om de strekking dat rechters of arbiters in hun omgang met de bewuste zware criteria oog voor de juridische nuance dienen te houden. Het spel kan uitermate ‘fijn’ gespeeld moeten worden, wat ook de uitspraak inzake *Baremans/Muijs* laat

zien.¹¹⁰⁵ Toepassing van het enquêterecht en van de wettelijke geschillenregeling waarbij dat uit het oog wordt verloren, schiet het eigenlijke doel van adequate geschillenoplossing in besloten verhoudingen voorbij.

Als het gaat om rechtvaardiging van beleid is het vervolgens niet meer wezenlijk hoe die rechtvaardiging door de meerderheid ‘gevonden’ wordt – door te verwijzen naar bepalingen in een contract, in statuten of een combinatie, door te verwijzen naar het meerderheid/minderheids-principe, door bij de toepasselijkheid van open normen of lacunes, te refereren aan gemaakte belangenafweging of door te verwijzen naar de uitgangspunten van de besloten ledenverhouding, onder toepassing van een ‘business judgement-rule’ zoals in de inleiding, paragraaf 8 beschreven.

Het laat wederom zien hoe belangrijk analyse van de aard van de lidmaatschapsverhouding is.

Interessant hierbij is nog – vanuit een andere invalshoek – dat de inhoud van hetgeen in de rekenprocedure als rekening en verantwoording mag worden verlangd naar de leer van de Hoge Raad mede afhankelijk is van de aard van de rechtsverhouding – en volgens het eerste uitgangspunt van dit boek in lidmaatschapsverhoudingen dus van de *aard van de lidmaatschapsverhouding* – die verplicht zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te rechtvaardigen.¹¹⁰⁶ De aard van de rechtsverhouding tussen rendant en gerendeerde (bijvoorbeeld een verhouding tussen broer en zus, waarin de feitelijke – informele – gang van zaken en de daarbij gemaakte afspraken niet nawijsbaar zijn) kan bijzondere consequenties hebben.

¹¹⁰⁵ Vgl. ook de situatie waaraan Bulten refereert in haar noot bij OK 30 maart 2010, JOR 2010, 221 (*B.E.K. Holding/De B. Holding en Klarenbeer Beheer*) waarin twee aandeelhouders elkaar proberen uit te stoten die beiden even verwijtbaar hebben gehandeld. Bulten schrijft dan dat als de rechter kan vaststellen dat één van de aandeelhouders meer verwijtbaar handelt dan de ander, de uitstotingsvordering jegens die aandeelhouder toewijsbaar is. Dat zou overigens ook van andere factoren kunnen afhangen, zoals met welke aandeelhouder het personeel mee wil.

¹¹⁰⁶ HR 2 december 1994, RvdW 1994, 262 (*Elisabeth A.J./Johannes P.J.*). Artikel 779 Rv dat bepaalt dat bij vonnis het bedrag van de ontvangsten en uitgaven en het saldo zullen worden bepaald, is niet van dwingend recht, maar geeft slechts een regel voor het meest voorkomende geval. Vranken zegt hierover in zijn conclusie bij het arrest dat steeds in concrete gedingen zal moeten blijken of de regel van artikel 779 Rv toepassing kan vinden. Vgl. ook HR 21 maart 1958, NJ 1961, 167 (*Pels/De Kempenaer*): ‘De omvang van de verantwoordingsplicht en daarmee de inhoud van de rekening tot het doen waarvan de rekenplichtige wordt veroordeeld, hangen af van de rechtsverhouding waaruit de rekenplicht voortvloeit en van de omstandigheden. De rechtsverhouding en de omstandigheden brengen niet altijd mee, dat een slotsom van gedane ontvangsten en uitgaven moet worden bepaald.’

Verantwoording is hierbij uit der aard met redenen omkleed. Zij heeft in het bijzonder betrekking op hetgeen had moeten worden gedaan¹¹⁰⁷ of nagelaten. Ze heeft betrekking op elke handeling, feitelijke of rechtshandeling, en is altijd achteraf. Hecht men aan positieve nakoming op het moment ‘dat het er om gaat’, dan vereist dat ‘actieve reflectie’ vanuit de uitgangspunten van de besloten ledenverhouding. Rauwelijkse scheidingsmelding is niet aan de orde. Het veronderstelt overleg, planning, doorrekening, visie, creativiteit, etc. Dat – zo blijkt uit de overvloedige jurisprudentie van de Ondernemingskamer – wordt door in vennootschappelijke verhoudingen betrokken personen nogal eens vergeten. Ten onrechte.

1.5.4 Splitsing van belang

Het bepalen van beleid is in het model aan de vennoten-, leden- of aandeelhoudersvergadering voorbehouden. Van de linker zijde naar de rechter zijde – dus van maatschap, V.O.F., C.V., flex-B.V. over ‘B.V./N.V.-quasi V.O.F.’ en coöperatie naar beursgenoteerde structuur N.V. – is echter een verschuiving te zien in de zin dat te linker zijde – de maatschap waarvan de vennoten het bestaan zelf amper realiseren – het beleid door de ‘vennoten’ volledig zelf bepaald wordt en uitgevoerd en aan de rechter kant in de grote beursgenoteerde structuurvennootschap juist het bestuur verondersteld wordt uit te voeren, met een grote mate van autonomie, met alle nuanceringen die daarop vanuit aandeelhouders-, governance- en beleggersperspectief te maken vallen,¹¹⁰⁸ en met alle varianten die daarop binnen dit spectrum denkbaar zijn – het fenomeen van de rechtspersoonlijkheid verzet zich daar niet tegen.

Het ‘voeren van vermogensrechtelijk beleid’ binnen een rechtsverhouding die tot de rechtvaardiging ervan verplicht veronderstelt (onder)scheiding van betrokken belangen. Het voeren van beleid voor een ander – voortkomende uit de principiële mogelijkheid van onderscheiding van betrokken belangen – is iets wat bij een rechtspersoon mogelijk wordt gemaakt door het fenomeen van het lidmaatschap: dat scheidt het eigen belang van dat van de rechtspersoon en van andere daarbij betrokken belangen.

Het is ook hier – de splitsing van belang – dat de idee koppelt dat ‘corporate opportunities’ aan de vennootschap dienen toe te komen en niet aan de vennoten individueel.¹¹⁰⁹

¹¹⁰⁷ HR 7 januari 1927, NJ 1927, 621 (*Mulder/NV Amsterdamsche Bank*).

¹¹⁰⁸ HR 21 februari 2003, NJ 2003, 182 (*HBG*), OK 17 januari 2007, JOR 2007, 42 (*Stork*), HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (*ABN Amro*), HR 14 september 2007, NJ 2007, 611 (*Versatel*), HR 14 september 2007, NJ 2007, 612 (*Tele2 Finance*), HR 9 juli 2010, NJ 2010, 544, concl. A-G Timmerman (*ASMI*).

¹¹⁰⁹ OK 24 februari 2006, ARO 2006, 58 (*CDG*).

Niet noodzakelijk is overigens dat voor de (onder)scheiding van belang steeds ook een scheiding bestaat tussen degene die het beleid bepaalt en degene die het uitvoert. Een voorbeeld is de in de memorie van toelichting bij de flex-regeling gememoreerde aandeelhoudersbestuurde B.V.¹¹¹⁰ Het is daarom ook niet terecht dat omwille van de gewenste ‘scheiding van belang’ niet is gekozen voor de invoering van de aandeelhoudersbestuurde B.V. Ook in de aandeelhoudersbestuurde B.V. moet de aandeelhoudersvergadering in staat worden geacht zowel feitelijk als rechtens de eigen persoonlijke belangen en die van de rechtspersoon gescheiden te houden, of daarop aangesproken te worden, niet anders dan de volledige zeggenschapshouder in de B.V. die door de zeggenschapshouder wordt gecontroleerd.

Met het voeren van vermogensrechtelijk beleid voor een ander is de idee en de noodzaak van rechtvaardiging van beleid gegeven. De grondslag is divers: wet, statuten, contract, ongeschreven recht. Dat laten hoofdstuk 1, paragraaf 1.2 en hoofdstuk 2, paragrafen 2.2 en 2.3 zien waar het ging over de betekenis van Boek 2 BW als verantwoordingsrecht. Lijkt in de aandeelhoudersbestuurde B.V. de verantwoording naar de rechtspersoon een lege dop, dan is die indruk niet juist omdat voor die situatie altijd nog de lakmoesproef van het faillissement geldt: de curator die zowel de taakvervulling jegens de rechtspersoon als de door de rechtspersoon (lees: door de bestuurder/aandeelhouder aan zichzelf) verleende decharge(s) kan toetsen, sinds 1 januari 2013 ook in een enquêteprocedure, (zie artikel 2:346 lid 3 BW).¹¹¹¹

De aandeelhoudersbestuurde B.V. is niet het enige voorbeeld van interessante samenloop van beleid *bepalen* en *voeren*. De bekende voorbeelden van de directeur grootaandeelhouder (de volledige zeggenschapshouder) en die van de rechtspersoon-bestuurder waarop artikel 2:11 BW van toepassing is en die tevens aandeelhouder is. Alledaagse voorbeelden uit de praktijk die voor zich spreken als het gaat om het vinden van argumenten voor positieve beantwoording van de vraag of de aandeelhoudersbestuurde B.V. tot de mogelijkheden zou dienen te behoren. Ook daarbinnen is de norm van artikel 2:9 BW van toepassing.

1.5.5 ‘Dubbele pet’

Een ander voorbeeld van zowel het bepalen als het voeren van vermogensrechtelijk beleid in combinatie met de rechtvaardiging ervan is die van het voeren van beleid over in de groep verbonden vennootschappen. Het is ook een voorbeeld dat laat zien dat denken in termen van rechtvaardiging van vermogensrechtelijk beleid niet zomaar een inval is, maar ook aansluit, als breed verbintenisrechtelijk beginsel, op uitgangspunten van groepsrecht.

¹¹¹⁰ MvT TK, vergaderjaar 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 10.

¹¹¹¹ Waarover Van der Sangen 2012/1, p. 60 e.v. terecht kritisch is.

Het lidmaatschap van de moedermaatschappij in de dochter in de vorm van het aandeelhouderschap maakt beleids*bepaling* in de dochter mogelijk. Het lidmaatschap maakt onderscheiding van betrokken belangen mogelijk: het eigen vennootschappelijk belang van de moeder, dat van de dochter en dat van het geheel: de groep. Essentieel in de definitie van groep in de zin van artikel 2:24c BW is het in de wettekst niet voorkomende voeren van centrale leiding.

Het bestuur van de moeder draagt hierbij een ‘dubbele pet’. Vertegenwoordigende de moeder bepaalt het beleid in de dochter dat door het bestuur in de dochter wordt uitgevoerd in ‘autonomie’, wat alleen maar een contradictie lijkt. Tegelijk is het bestuur van de moeder naar de eigen aandeelhouder verantwoording verschuldigd over het in de dochter gevoerde beleid. Dat is verantwoording ‘omhoog’, in de kern uitdrukking van artikel 2:9 BW zoals dat van toepassing is op de moeder.

Het verzoek van het bestuur van de moedermaatschappij (als aandeelhouder in de dochter) ten behoeve van de moedermaatschappij gedaan aan de dochter om medewerking te verlenen aan zekerheidsstelling ten behoeve van geconsolideerde kredietverlening door een bank op het niveau van de moeder, zal gereageerd (mogen en moeten) worden door het bestuur van de dochter aan de moeder met de vraag om inzage te verlenen in de financiële positie van de moeder en eventuele andere groepsmaatschappijen teneinde te kunnen bepalen of de zekerheidsstelling door de dochter wel in het belang van de dochter is.¹¹¹² Dat is verantwoording ‘omlaag’ en leidt tot het fenomeen van de aangehaalde ‘dubbele pet’.

De geclausuleerde autonomie van het bestuur van de dochter – voerende het beleid in de dochter: haar bestuursstaak – dwingt tot die reactie.

Door de aanpassing van regels voor bestuur en toezicht per 1 januari 2013 wordt deze bestaande regel in artikel 2:239 BW nog eens expliciet tot uitdrukking gebracht. Het voeren van beleid in het belang van het geheel van de groep door het bestuur van de moeder ontslaat in de systematiek van het rechtspersonenrecht zoals die ook in jurisprudentie tot uitdrukking komt het bestuur van de moeder op zijn beurt niet van de gehoudenheid zich voor (mogelijke) consequenties van zijn beleid over individuele dochtervennootschappen te verantwoorden naar ‘boven’: naar de eigen aandeelhouders.

De ‘dubbele pet’ wordt mogelijk gemaakt door de vorm van het lidmaatschap waaraan inhoud wordt gegeven door materieel B.V.-recht in twee verbonden rechtspersonen. Het laat zien dat ook het *bepalen* van beleid in de interne verhoudingen – namelijk door de algemene vergadering in de dochter naar het bestuur

¹¹¹² Rb. 's-Hertogenbosch 11 maart 1983, NJ 1984, 394 (*Kuiken Brabant*), Hof Amsterdam (OK) 13 juli 1983, NJ 1984, 570/571 (*Hyster*), Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (*Amstelland*).

van de dochter – aanleiding kan en soms ook moet zijn voor het stellen van rechte relevante vragen door degene die beleid *voert* en dat die evenzo goed tot de gehoudenheid tot rechtvaardiging van vermogensrechtelijk beleid aanleiding kan geven.

In beide relaties, naar ‘beneden’ en naar ‘boven’ is de simpele vraag aan het bestuur van de moeder wat het voor de moeder met het lidmaatschap van de moeder in de dochter en de daarin besloten liggende mogelijkheid tot het uitoefenen van zeggenschap doet. Het perspectief van waaruit de vraag gesteld wordt en het perspectief waarin de vraag beantwoord moet worden kan verschillen: het gaat in het ene geval (van beneden naar boven gezien) om het ‘mogen’ en in het andere geval (van boven naar beneden gezien) om het ‘moeten’. Maar in beide gevallen gaat het om verantwoording.

Ook het gezamenlijk voeren van vermogensrechtelijk beleid in de besloten verhouding tussen A., B., C. en D. leidt tot een dubbele verantwoordingsplicht, zowel in de verhouding tot degenen (B. als mede-vennoot ten opzichte van A., C. en D., dus horizontaal) met wie het beleid gezamenlijk bepaald wordt en zou moeten worden, als in de relatie tot degene door wie (B. als bestuurder ten opzichte van A., C. en D., dus verticaal) beleid gevoerd wordt.

En net als bij het voorbeeld van de moeder/dochter verhouding werkt hier de verantwoording twee kanten op. Want gesteld dat B. zich juist niet wenst te onttrekken maar het de stemverhoudingen zijn waarop zijn beïnvloedingsmogelijkheden afstuiten, en wat B. wil in het belang van de rechtspersoon te achten is, dan geldt in de ledenverhouding, dus wederom puur als het gaat om beleidsbepaling in de rechtspersoon (opnieuw in ‘abstracto’), dat het doel en de goede trouw corrigerend en maatgevend zijn voor verantwoording door A., C. en D. tegenover B.

In de ledenverhouding tussen A., B., C. en D. die kwalificeert als besloten, uitgaande van de in hoofdstuk 2, paragraaf 3 beschreven uitgangspunten, kunnen en dienen scheidingsmelding door B. zowel als de manier waarop daarop gereageerd wordt beoordeeld te worden tegen het perspectief van de uitgangspunten waaronder de ledenverhouding is aangegaan en tegen het perspectief van de voorzienbare gevolgen, in aanmerking genomen ieders verantwoordelijkheden. Niet anders dan ander gedrag of nalaten dus, zij het dat scheidingsmelding expliciet de wens tot scheiding verwoordt.

Het is hier dat doordenken van hetgeen in hoofdstuk 2, paragraaf 3 werd geschreven over de functie van opzegging betekent dat B. de ‘besloten ledenverhouding’ door opzegging moet kunnen beëindigen met het effect niet dat de rechtspersoon ontbonden wordt, maar dat de ledenverhouding ‘open’ wordt. De positie van B. verschuift van ‘betrokken’ aandeelhouder naar ‘beleggend’ aandeelhouder. Het is daarop dat de brief van De Haas aan Ruitenbergt ‘aanknoopt’.

Bij de coöperatie met een besloten ledenverhouding ligt dit niet anders,¹¹¹³ zij het dat daar geen wettelijke uitstotings- of uittredingsregeling bestaat maar het enquêterecht onder de in artikel 2:346 lid 1 sub a BW gestelde voorwaarden wel toegankelijk is. Opzegging van de besloten ledenverhouding leidt ook daar tot het open worden ervan en de mogelijkheid tot uittreding door opzegging. Alle gedrag of nalaten van leden zowel als van de besloten coöperatie is te beoordelen in het perspectief van de uitgangspunten waaronder de besloten ledenverhouding werd aangegaan, de erbinnen geldende verantwoordelijkheden en de voorzienbare gevolgen.

Dit is het model. Het laat zien dat de eenheid over de breedte van het ondernemingsrecht voor besloten ledenverhoudingen compleet is en het laat bijvoorbeeld zien dat de klassieke benadering dat op een aandeelhouder geen verplichtingen rusten boven die tot storting van het nominaal bedrag van het aandeel in die verhoudingen niet geldt, althans betrekkelijk is, net als in externe verhoudingen, waarover hierna.

1.6 De positie van de zeggenschapshouders

De uitgangspunten van de ‘besloten ledenverhouding’ zijn ook van toepassing op de verhouding tussen de zeggenschapshouders in die rechtspersonen, te weten A., B., C. en D. Dit wordt hierna toegelicht waarbij er vooralsnog vanuit wordt gegaan dat A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer buiten de bevoegd binnen het verband van de vennootschap aangegane verplichtingen geen andere verplichtingen hebben.

In het model is primair de verhouding tussen de besloten vennootschappen A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer te kwalificeren als besloten ledenverhouding. Slagter plaatst in de Groene Serie vraagtekens of rechtspersonen vennoot kunnen zijn in een personenvennootschap:

‘Kan een kapitaal-vennootschap vennoot zijn in een personenvennootschap? Kan een rechtspersoon inbreng van arbeid verrichten? Wordt de vof niet met het oog op bepaalde personen (intuitu personae) gesloten? Kan een hoofdelijke aansprakelijkheid rusten op een rechtspersoon, wier aandeelhouders in het geheel niet aansprakelijk zijn (behalve tot volstorting) en wordt daardoor in feite de hoofdelijke aansprakelijkheid niet gefrustreerd? Kan de wettelijke regeling alleen op natuurlijke personen als vennoten worden toegepast (bijvoorbeeld overlijden, onder curatele stelling)? Is het niet ongewenst, dat de organen van de bv invloed uitoefenen op de benoeming van de persoon, die namens de bv de rol van beherend

¹¹¹³ Raaijmakers 1988/2, p. 211. HR 29 september 2006, NJ 2006, 639, nt. Maeijer (*Marsman/The Mill Resort*), Schrage 2012, p. 63.

vennoot vervult, en op de door hem te nemen besluiten, zonder dat de andere vennoten in deze interne besluitvorming bij de bv kunnen worden betrokken? Is het, omgekeerd, geen bezwaar, dat de ene bv hoofdelijk aansprakelijk wordt voor handelingen door de andere bv als mede-vennoot verricht? Wordt door deelname van een bv in een vof niet in strijd gehandeld met het statutaire doel van de bv?’

Slagter vervolgt:

‘De uit deze vragen blikkende aarzelingen zijn begrijpelijk maar moeten toch worden overwonnen. Al kunnen sommige wettelijke bepalingen niet op rechtspersonen als vennoten worden toegepast, en al heeft de wetgever kennelijk niet gedacht aan de mogelijkheid, dat rechtspersonen vennoot van een vof zouden kunnen zijn, dat behoeft niet te beletten rechtspersonen als vennoot te aanvaarden, indien zulks niet in strijd is met het systeem van de wet. In dit verband wordt zwaar getild aan het feit, dat natuurlijke personen hun hoofdelijke aansprakelijkheid als vennoot kunnen ontgaan door eerst afzonderlijke bv’s op te richten en die vervolgens vennoten te doen zijn van de vof. Men kan de risico’s van hoofdelijke aansprakelijkheid zelfs nog verder beperken door degenen, die uiteindelijk financieel willen deelnemen in een niet-rechtspersoon, niet een vof te laten oprichten maar een cv, in welke commanditair kapitaal zij deelnemen voor een groot bedrag, terwijl zij daarnaast voor een klein bedrag deelnemen in een bv, die vervolgens tot enige beherende vennote van de cv wordt benoemd. De uiteindelijke participanten kunnen op haar beurt ook weer nv’s of bv’s zijn. Bij al deze varianten moet bedacht worden, dat de hoofdelijke aansprakelijkheid, zowel van de vennoten van een vof als van de beherende vennoot van een cv, op zichzelf volkomen intact blijft. Dat de in die rechtspersonen deelnemende (natuurlijke) personen zelf niet hoofdelijk aansprakelijk zijn, is een gevolg van de wettelijke regeling van de nv en bv. Indien misbruik wordt gemaakt van de bv-vorm, doordat men zich aldus onttrekt aan aansprakelijkheid, dan kan er reden zijn om daartegen in zijn algemeenheid maatregelen te treffen (bijvoorbeeld in de vorm van de “Durchgriffshaftung”), maar dat is dan geen specifiek probleem van de bv als vennoot van een vof.’

Relevante vragen en terechte conclusies. Maar nog niet helemaal de kern rakend aan waar het in de onderhavige modelmatige benadering in de interne vennootschapsverhoudingen om gaat.

In het navolgende zal worden aangetoond dat in het model niet alleen A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer ten aanzien van de in V.O.F. Lipsom uit te oefenen zeggenschapsrechten in de besloten ledenverhouding verbonden zijn, maar ook de natuurlijke personen A., B., C. en D. als volledige zeg-

genschapshouders¹¹¹⁴ in A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer. A., B., C. en D. worden als volledige zeggenschapshouders in de uitoefening van hun zeggenschapsrechten in A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer in de besloten ledenverhouding dus op dezelfde wijze genormeerd als de Beheer B.V.'s, dus ook door de daarbij in acht te nemen goede trouw.

Het toont de transparantie van de rechtspersoon op bijzondere wijze.

De benadering laat, als zij correct is, twee dingen zien. Enerzijds bevestigt zij dat de uitgangspunten van de 'besloten ledenverhouding' met de vorm van de aansprakelijkheid (hoofdelijk of anderszins, als in een B.V.) van de Beheer B.V. of van de respectievelijke zeggenschapshouders op zichzelf weinig te maken heeft. Het gaat, nogmaals, in de 'besloten ledenverhouding' enkel om de uitoefening van zeggenschap en het inleveren van zekere autonomie door partijen. De wijze waarop die zeggenschap wordt uitgeoefend kan echter vervolgens wel relevant zijn als het gaat om de condities waaronder van aansprakelijkheid van degenen die die zeggenschap uitoefenen sprake is.

Zo is het mogelijk zeggenschapsrechten in een personenvennootschap zodanig uit te oefenen – deze vennootschap zodanig 'aan te sturen' – dat eventuele aansprakelijkheid jegens derden tot verhaal op het vermogen van de vennootschap beperkt blijft. Dat heeft naast goede interne afspraken ook alles met risicobeheersing en controle te maken.

Anderzijds kan uitoefening van zeggenschapsrechten door een volledige zeggenschapshouder in een Beheer B.V. die in een personenvennootschap verbonden is zodanig onrechtmatig van aard zijn dat van 'Durchgriffshaftung' of 'doorbraak van aansprakelijkheid' naar de zeggenschapshouders sprake moet zijn.¹¹¹⁵ Niet alleen vanuit het perspectief van derden, maar ook vanuit andere in de samenwerking betrokken rechtspersonen.

Ten tweede geldt dat als de hierboven geformuleerde uitgangspunten juist zijn, het wat betreft de consequenties van het in de 'besloten ledenverhouding' verbonden zijn voor A., B., C. en D. in hun onderlinge rechtsverhouding niet uit-

¹¹¹⁴ HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (*Van Waning/Van der Vliet*) en HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (*Romme/Bakker*), HR 26 maart 2010, NJ 2010, 189, concl. A-G Timmerman (*ING/Z.*).

¹¹¹⁵ HR 28 juni 1975, NJ 1957, 514 (*Erba/Amsterdamse Bank*), HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 (*Osby*), HR 9 mei 1986, NJ 1986, 792 (*Keulen/BLG*), HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 (*Albada Jelgersma*), HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (*Nimox/Van den End qq.*), 3 april 1992, NJ 1992, 411 (*Van Waning/Van der Vliet*), HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (*Romme/Bakker*), HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (*Sobi/Hurks*). Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, Wezeman 1998, Lennarts 1999.

Hoofdstuk 3

maakt of A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer in een personenvennootschap in beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking verbonden zijn of in een B.V. Let wel – nogmaals: het gaat dan enkel om de uitoefening van zeggenschapsrechten, het inleveren van zekere autonomie, in elk geval op het punt van het in versterkte mate door de goede trouw gebonden zijn. Over andere eventueel verbonden rechtsgevolgen gaat het dan nog niet.

Dit wordt hierna toegelicht.

Rechtspersoonlijkheid in de zin van artikel 2:5 BW heeft betrekking op het wat het vermogensrecht betreft aan een natuurlijk persoon gelijk staan. Rechtlijnige consequentie van artikel 2:5 BW is dat rechtspersonen vennoot kunnen zijn in een personenvennootschap. Toepassing van het beginsel van contractsvrijheid leidt daartoe. Dat personenvennootschappen consensuele contracten zijn betekent dat partijen zelf de keuze hebben wat ze doen – op welke verbintenissen ze zich wederzijds vastleggen – en jegens wie – natuurlijke persoon of rechtspersoon.

Rechtspersoonlijkheid is daarbij – zoals al opgemerkt – op zichzelf een neutraal gegeven. Tegelijk geldt dat de persoonlijke beheersing door de volledige zeggenschapshouder – de enig aandeelhouder en bestuurder – in de interne verhoudingen volledig is. Zijn ‘betrokkenheid’ is ook volledig. Hierdoor is het gebruik door A. als zeggenschapshouder van diens B.V. te kenschetsen als instrumenteel en zijn diens persoonlijke hoedanigheden en inbreng net zo doorslaggevend voor B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer als indien A. persoonlijk in een maatschap met B., C. en D. zou hebben samengewerkt. Niemand kiest een lege ‘plank-B.V.’ met het oog op haar persoonlijke kwaliteiten en inzet. Die ‘plank-rechtspersoon’ is vanuit de ‘intuitu personae’-gedachte niks.

Hier komt nog iets bij. Over de rechtspersoon als neutraal gegeven ligt in het geval van een B.V. het B.V.-recht als onderdeel van Boek 2 BW dat aan die rechtspersoon de bijzondere het B.V.-recht kenmerkende normatieve lading geeft. Dat maakt die rechtspersoon tot B.V. Dit is een volstrekt open deur. Minder open deur is te zien dat er daarnaast en niet minder belangrijk aanvulling is op dat B.V.-recht door de toepasselijkheid van open normen en begrippen van buiten het B.V.-recht in strikte zin (Titel 5 van Boek 2 BW) op de wijze als in hoofdstuk 1, paragraaf 1.5 beschreven.

Die uitbreiding geldt door de toepasselijkheid van artikel 2:8 en 2:9 BW (interne normen), maar ook door de toepasselijkheid van de normen van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW en de betamelijkheidsnorm van 6:162 lid 2 BW.¹¹¹⁶ Sprake is daardoor van verbijzondering van algemeen geldende verbin-

¹¹¹⁶ HR 17 december 1982, NJ 1983, 480.

tenisrechtelijke regels binnen het B.V.-recht, zoals de *Beklamel*-norm¹¹¹⁷ (onrechtmatige daad), de *Debrot*-norm¹¹¹⁸ (onrechtmatige daad) en de *Bibolini*-norm¹¹¹⁹ (de objectieve redelijkheid en billijkheid), tot vennootschappelijke zorgvuldigheids- en correctienormen. De *Beklamel*-norm speelt overigens in het bijzonder bij bedrijven in moeilijkheden.

Uitwerkingen ervan zijn uitspraken van het Gerechtshof te Arnhem inzake *Van Drooge q.q./Van Heek*¹¹²⁰ en van de Hoge Raad inzake *Nimox/Van den End qq.*,¹¹²¹ *SOBI/Hurks*,¹¹²² *IDM/Ensing*¹¹²³ en *Ontvanger/X*.¹¹²⁴ En van het Gerechtshof Amsterdam inzake *Van den Boogert/Wanders Coatings*.¹¹²⁵ Het kan ook gaan om selectieve betaling of misbruik van identiteitsverschil.¹¹²⁶

Tegelijk geldt voor A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer door die volstrekt instrumentele positie van A., B., C. en D. als volledige zeggenschapshouders dat het in paragraaf 1.3 en 1.4 van hoofdstuk 1 beschreven systeem van organisatie- en verantwoordingsrecht – bevoegdheid, besluitvorming, vertegenwoordiging, interne verantwoording – ten opzichte van de eigen respectieve beheervenootschappen illusoir is geworden. Correctie zit hooguit in de ‘lakmoesproef’ van het faillissementsrecht als het van een beoordeling door de curator komt, binnen de hem door het faillissementsrecht en Boek 2 BW (artikelen 2:9, 138/248 lid 6, 7, 8 en 346 lid 3 BW) gegeven mogelijkheden.

Hierdoor komt ten aanzien van A., B., C. en D. in hun onderlinge rechtsverhouding via hun beheer B.V.’s tot elkaar de volle nadruk te liggen op de betekenis van genoemde zorgvuldigheids- en correctienormen van ‘buiten’ het B.V.-recht: vennootschappelijke zorgvuldigheid van artikel 6:162 BW en objectieve redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW, waarbij de laatste naadloos aansluit op de normen van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW – ‘Lipsium’ is hier immer nog steeds een V.O.F.

¹¹¹⁷ HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (*Beklamel*), HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/X*), Hof Amsterdam 3 juli 2012, JOR 2012, 283, nt. Van Thiel (*Van den Boogert/Wanders Coatings*). Assink 2012.

¹¹¹⁸ HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543 (*Debrot*), HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Schwandt/BPF*) en HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (*NOM/Willemsen Beheer*).

¹¹¹⁹ HR 17 december 1982, NJ 1983, 480 (*Bibolini*).

¹¹²⁰ Hof Arnhem 22 januari 1986, NJ 1988, 476 (*Van Drooge q.q./Van Heek*).

¹¹²¹ HR 8 november 1991, NJ 1992, 174, nt. Maeijer (*Nimox/Van den End qq.*).

¹¹²² HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (*SOBI/Hurks*).

¹¹²³ HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295, nt. Maeijer (*Oosterhof*) en HR 12 juli 2002, JOR 2002, 160 (*IDM/Ensing*).

¹¹²⁴ HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (*Ontvanger/x*).

¹¹²⁵ Hof Amsterdam 3 juli 2012, JOR 2012, 283, nt. Van Thiel (*Van den Boogert/Wanders Coatings*). Zie ook Rechtbank ’s-Hertogenbosch 11 juli 2012, JOR 2012, 284, nt. Olden (*Kemkens/Maas*).

¹¹²⁶ HR 27 februari 2009, NJ 2009, 318, nt. Van Schilfgaarde (*X./Aerts q.q.*).

Wordt gerefereerd aan de hiërarchie van verbintenissen dan zou hier volgehouden kunnen worden dat verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de volledige zeggenschapshouders primair bepaald wordt door de context van de maatschapsverhouding tussen de B.V.'s, namelijk door de uitgangspunten van 'besloten ledenverhouding' inclusief de goede trouw.

Het typische van de situatie is dat het gezien vanuit de maatschap tussen de beheer B.V.'s gaat om de interne rechtsverhouding, maar dat de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de zeggenschapshouders van de beheer B.V.'s tegenover elkaar er een is die valt onder het leerstuk van de externe aansprakelijkheid. De interne verantwoordings- en organisatieregels uit het B.V.-recht vanuit de zeggenschapshouders ten opzichte van hun beheer-B.V.'s worden als het ware overgenomen door die van het maatschapsrecht in de onderlinge verhouding tussen de beheer B.V.'s, 'instrumenteel' aangestuurd door de zeggenschapshouders daarin.

Dat een beheer B.V. als rechtspersoon zelfstandig drager is van rechten en plichten betekent daarbij niet dat normen in de interne verhouding tot de andere zeggenschapshouders niet dwars door die rechtspersoon heen kunnen lopen, en dat is precies wat artikel 6:248 BW doet, liever: wat de uitgangspunten van de 'besloten ledenverhouding' hier doen. De rechtspersoon is qua er doorheenlopende normen in deze interne verhouding volstrekt transparant.

Dat is niet anders indien 'Lipsum' geen V.O.F. maar een B.V. zou zijn.

Daarom ook dat in het *Zwagerman*-arrest terecht gerefereerd wordt aan de familieverhoudingen met voorbij gaan aan de 'tussenliggende' positie van Barnhoorn & Zwagerman Beheer B.V.

Bijzondere betekenis hebben hier de arresten van de Hoge Raad inzake *Scholten's Aardappelmeelfabrieken*,¹¹²⁷ *Nimox/Van den End qq.*¹¹²⁸ en *Chipshol Forward/Van Andel*¹¹²⁹ (dat hierna in paragraaf 3.1.2 wordt besproken), omdat ze laten zien dat ook besluiten in de vergadering van aandeelhouders onrechtmatig jegens derden kunnen zijn en als zodanig aan een zeggenschapshouder kunnen worden toegerekend. Aan het feit dat het hier om besluiten ging moet overigens niet te veel principiële betekenis worden gehecht. Ieder gedrag is onderworpen aan maatschappelijke/vennootschappelijke betamelijkheidsnormen en in dat op-

¹¹²⁷ HR 4 januari 1963, NJ 1964, 434, nt. Scholten (*Scholten's aardappelmeelfabrieken*).

¹¹²⁸ HR 8 november 1991, NJ 1992, 174, nt. Maeijer (*Nimox/Van den End qq.*).

¹¹²⁹ HR 29 november 1996, NJ 1997, 345, concl. Mok, nt. Maeijer (*Van Andel/Chipshol Forward*).

zicht is het *Nimox/Van den End qq.*-arrest een logisch vervolg op de *Erba, Osby, Keulen/BLG, Albada Jelgersma* -reeks.¹¹³⁰

In de casus van het arrest *Nimox/Van den End qq.* ging het om een besluit van Nimox N.V. in de algemene vergadering van aandeelhouders van haar dochter, het later gefailleerde Auditrade B.V., tot uitkering van dividend, dat praktisch alle reserves deed verdwijnen en tot verkoop door Nimox N.V. van haar vordering uit dien hoofde op de vennootschap aan een factormaatschappij die over zekerheden in de vennootschap ging beschikken. Specifieke omstandigheden, waaronder het feit dat Auditrade in financiële moeilijkheden verkeerde, leidden tot correctie door toepassing van de vennootschappelijke zorgvuldigheidsnorm en mitsdien tot aansprakelijkheid van Nimox N.V. tegenover schuldeisers van haar dochter Auditrade. Door het besluit zou Nimox N.V. in staat zijn geweest haar positie van post-concurrent crediteur die zij bij liquidatie van Auditrade B.V. als aandeelhoudster zou hebben, om te zetten in die van medecrediteur, die vervolgens een feitelijke preferentie boven alle andere crediteuren zou hebben gehad. Dit besluit dat naar de letter van Boek 2 BW genomen wel toelaatbaar zou zijn geweest, werd onrechtmatig geacht jegens de gezamenlijke crediteuren van Auditrade B.V. *in die specifieke externe context*.

Het bijzondere nu in de rechtsverhouding tussen A., B., C. en D. onderling als volledige zeggenschapshouders in A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer is dat het bij de verantwoording door hen over de wijze waarop zij ieder van hun zeggenschapsrechten in die B.V.'s gebruik maken ook gaat om 'externe' aansprakelijkheid, maar in de interne verhouding tot elkaar in hun hoedanigheid van volledige zeggenschapshouders eigenlijk gaat om 'interne' verantwoording en aansprakelijkheid binnen 'vennootschapsverband' *in die specifieke context*. Dus om toerekening 'door de rechtspersoon heen' op basis van de uitgangspunten van de in de 'besloten ledenverhouding' vastliggende doelverbondenheid. (H)erkenning van de 'besloten ledenverhouding' tussen de volledige zeggenschapshouders leidt tot verscherping van de *Beklamel-* en *Ontvanger/X-*normen¹¹³¹ in hun onderlinge verhouding.

¹¹³⁰ HR 28 juni 1975, NJ 1957, 514 (*Erba/Amsterdamse Bank*), HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 (*Osby*), HR 9 mei 1986, NJ 1986, 792 (*Keulen/BLG*), HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 (*Albada Jelgersma*), HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (*Nimox/Van den End qq.*), 3 april 1992, NJ 1992, 411 (*Van Waning/Van der Vliet*), HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (*Romme/Bakker*), HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (*Sobi/Hurks*).

¹¹³¹ Van der Sangen 2009, p. 147, Raaijmakers 2010, p. 18, concl. A-G Timmerman onder 4 e.v. en voetnoot 4 bij HR 23 november 2012, LJN BX5881, RvdW 2012, 1473 (*Costa Blanca*). Zie ook Hof Amsterdam 3 juli 2012, JOR 2012, 283, nt. Van Thiel (*Van den Boogert/Wanders Coatings*) en Rechtbank 's-Hertogenbosch 11 juli 2012, JOR 2012, 284, nt. Olden (*Kemkens/Maas*).

Herhaald wordt dat de uitoefening van zeggenschaprechten in de ‘ledenverhouding’ los staat van de vorm of de aard van de externe aansprakelijkheid jegens andere derden.

In het model zijn om deze redenen A., B., C. en D. als volledige zeggenschapshouders in A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer verbonden in hun onderlinge besloten verhouding op gelijke wijze als A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer zelf. A., B., C. en D. kunnen niet meer of minder dan A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer kunnen. Dat is logisch: besluiten van A., B., C. en D. worden aan A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer toegerekend, maar omgekeerd normeert de ruimte waarin A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer tegenover elkaar staan hun respectieve zeggenschapshouders als het gaat om het nemen van besluiten. De grenzen van de ruimte tegenover ‘derden’ worden hier in het bijzonder bepaald door de bijzondere van de zijde van A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer en dus van A., B., C. en D. betrokken belangen.

Uitgangspunt blijft hierbij dat primair A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer als in de beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking verbonden rechtspersonen met hun respectieve vermogens voor de door hen aangegane verplichtingen instaan. Echter de ‘betrokkenheid’ van A., B., C. en D. als zeggenschapshouders – over bijzonder inzicht en zeggenschap beschikkende ten aanzien van alle vennootschappelijke aangelegenheden en in het bijzonder de belangen van de andere vennoten¹¹³² – brengt met zich mee dat gelet op de bijzondere zorgvuldigheidsplichten aansprakelijkheid eerder dan op basis van de standaard *Beklamel*-norm mag worden aangenomen, of althans op basis van de *Beklamel*-norm toegepast in een heel specifieke situatie. Of wellicht op de wijze als in het *Costa Blanca*-arrest.¹¹³³

Analyse van de fundamentele wettelijke voorschriften als het gaat om de organisatie van de vennootschap en de verbonden onderneming – in de ‘verticale relatie’ – laat in het geval van de volledig zeggenschapshouder zien dat diens positie in normatief opzicht niets toe of afdoet aan het uitgangspunt dat diens besluiten een op een worden toegerekend aan de beheer-B.V. en dat als het gaat om een rechtmatigheidstoets in de interne verhouding die zeggenschapshouder daar ook volledig voor heeft in te staan als de vennootschap geen verhaal biedt voor de

¹¹³² HR 28 juni 1975, NJ 1957, 514 (*Erba/Amsterdamse Bank*), HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 (*Osby*), HR 9 mei 1986, NJ 1986, 792 (*Keulen/BLG*), HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 (*Albada Jelgersma*), HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (*Nimox/Van den End qq.*), 3 april 1992, NJ 1992, 411 (*Van Waning/Van der Vliet*), HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (*Romme/Bakker*), HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (*Sobi/Hurks*), HR 26 maart 2010, NJ 2010, 189, concl. A-G Timmerman (*ING/Z.*).

¹¹³³ HR 23 november 2012, LJN BX5881, RvdW 2012, 1473, concl. A-G Timmerman (*Costa Blanca*).

daardoor door de andere beheer-B.V.s (lees: de volledige zeggenschapshouders) geleden schade. Waar dat geldt voor de rechtspersonen geldt dat ook voor A., B., C. en D. als volledige zeggenschapshouder daarin dus ook voor besluiten die de zeggenschapshouders als aandeelhouder en/of bestuurder in A. Beheer B.V., B. Beheer B.V., C. Beheer B.V. en D. Beheer B.V. nemen.

Of dit houdt, en waar rechtspersoonlijkheid wel of niet aan de modelmatige benadering verder nog in de weg staat wordt in de casus van paragraaf 2 verder onderzocht.

1.7 Conclusie

Naar aanleiding van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het meer mogelijk is – door interpretatie en uitleg van open normen en begrippen en door invulling van systeemruimte – om algemeen verbintenisrechtelijke lijnen te volgen dan op het eerste gezicht uit het gesloten systeem van het Boek 2 BW-recht lijkt te volgen.¹¹³⁴ Het vormt een bevestiging van de eenheid over de breedte van het ondernemingsrecht.

Ook de verbintenisrechtelijke uitgangspunten en de manier waarop ze in het geheel van het ondernemingsrecht betekenis hebben, laten zien dat de grens zoals die momenteel nog door Boek 2 BW getrokken wordt ten opzichte van personenvennootschappen niet langer kan worden volgehouden. Boek 2 BW-rechtspersoonlijkheid is daarom noch materieel noch formeel voor de indeling een scheidend criterium. Het laat onverlet dat het belangrijk is om naar contractuele en andere grondslagen te onderscheiden, maar dan wel binnen één model.

Het model laat zien dat geen principeel bezwaar bestaat om maatschap, V.O.F. en C.V. in Boek 2 BW op te nemen, dat het sterk aanbeveling verdient dat alsnog te doen voor Ontwerp Titel 7.13 BW en dat daarbij geen belemmering bestaat om de vennootschap van het Ontwerp – stil en openbaar – ‘rechtspersoonlijkheid zonder meer’ toe te kennen, dus ook zonder dat daar een notaris aan te pas komt. Inschrijving – op de wijze als nu wettelijk geregeld is – volstaat.

Het is onzinning – zoals Raaijmakers terecht betoogt – onderscheid te maken tussen openbare vennootschap met en zonder rechtspersoonlijkheid.

Voor invoering van één Wetboek Ondernemingsrecht bestaan nog andere belangrijke argumenten die voortvloeien uit de wenselijkheid te komen tot één regeling van geschillen in besloten verhoudingen over de breedte. Daarop wordt in de slotconclusie nog teruggekomen.

¹¹³⁴ Vgl. Van Veen 2010/1, p. 55 als pleitbezorger.

Hierna zal door variatie op verschillende casus en onder nader beschouwing van wet en jurisprudentie verder worden ingegaan op de vraag in hoeverre het fenomeen van de opzegging over de gehele breedte gelijke benadering verdient.

Grofweg zijn er twee functies te beschouwen. De eerste heeft te maken met het aangaan van relaties en de tweede met de beëindiging ervan.

De eerste kwam in de *dierenartspraktijk*-uitspraken aan de orde in een personenvennootschapscontext en wordt hierna uitgewerkt in een B.V. i.o.-setting. Het gaat daarbij vooral om het thema van ‘het niet zover laten komen’ en de vraag in hoeverre de rechtspersoon aan voor-afspraken, gewekt vertrouwen, etc. gebonden is, dan wel in hoeverre voorafspraken door de rechtspersoon heen werking hebben. Het gaat daarbij – breder – ook steeds nog om de samenhang tussen open norm, belang en actie.

Vervolgens wordt ingegaan op situaties die in de jurisprudentie en in de praktijk veelvuldig voorkomen en waarin partijen niet zozeer de koninklijke weg bewandelen van op te zeggen, daarop adequaat te reageren en in onderling overleg tot de beste oplossing komen, maar allerlei vanuit vennootschapsrecht optiek onverantwoorde ‘fratsen’ uithalen waaruit in wezen hetzelfde blijkt: dat betrokkenen in de samenwerking op elkaar zijn uitgekeken en geen rekening met elkaar meer wensen te houden. Vaak op een wijze die de Ondernemingskamer niet vindt getuigen van juist beleid.

De tussenfase – de doorwerking van de aandeelhoudersovereenkomst binnen de vennootschappelijke orde in relatie tot het vraagstuk van de nietigheid of vernietigbaarheid van besluiten in strijd met de overeenkomst, etc. – wordt hierna buiten beschouwing gelaten. Enerzijds omdat dit boek – dat toch al lang van stof is – daardoor nog dikker zou worden, anderzijds omdat het het bestek van de centrale onderzoeksvraag te buiten gaat. Bovendien is de doorwerking in haar overige betekenis al in hoofdstuk 1 aan de orde gekomen. Het gaat hier om de samenhang tussen belang en actie bij geschillen in besloten ledenverhoudingen en dan vooral die actie die gebaseerd is op een open norm in een wettelijke, statutaire of contractuele regeling. Dat is een andere invalshoek dan de juridische vraag of een besluit bij gebleken strijd met een aandeelhoudersovereenkomst nietig is of niet. Overigens in het perspectief van het voorgaande wel een heel interessante vraag, met name bij de definitie en van het fenomeen ‘deelrechtsorde’ en de daaraan te verbinden consequenties.¹¹³⁵

¹¹³⁵ Zie overigens Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 2012, JOR 2012, 286, nt. Blanco Fernández (*F.A.M. Holding/Vanka-Kawat Holding*).

2. Casus-variaties

2.1 Casus 1: achterliggende rechtsverhouding – voorfase

2.1.1 Voorafspraken ('Jan Luycken')

Casus 1 betreft een eerste geschil naar de casus van de arresten van de Hoge Raad inzake *Chipshol/Forward*-arrest¹¹³⁶ en *Jan Luycken*¹¹³⁷ waarop in de volgende paragrafen verder wordt gevarieerd: A., B., C. en D. zijn voornemens 'Lipsum' op te richten. Bestuurders daarvan zullen worden B. Beheer en D. Beheer. Het verschil met de *Chipshol/Forward*-casus die in de volgende paragraaf wordt behandeld is dat daar de voorovereenkomst juist wel getekend werd en in de hierna volgende casus niet.

A., B., C. en D. stellen in gezamenlijk overleg de voorovereenkomst op en uit de niet ondertekende voorovereenkomst volgt dat A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer voor gelijke percentages aandelen in 'Lipsum' zullen gaan houden. Ook staat in de voorovereenkomst dat kosten van A. Beheer in de aanloop naar de oprichting zullen worden vergoed. 'Lipsum' wordt vervolgens opgericht, de respectieve vennootschappen gaan ieder 25% van de aandelen houden en A. dient de nota voor door A. Beheer gemaakte kosten bij de vennootschap in. De kosten zijn door A. Beheer tegenover derden niet expliciet op naam van de nog op te richten vennootschap gemaakt. B., C. en D. waren met het maken ervan wel bekend.

B. Beheer en D. Beheer, bij oprichting benoemd als eerste bestuurders van 'Lipsum', weigeren de kosten van A. Beheer ten laste van de vennootschap te vergoeden stellende dat 'Lipsum' daartoe niet gehouden is, want geen partij bij de voorovereenkomst. Zij betwisten ook persoonlijk of met hun persoonlijke B.V.'s gebonden te zijn.

Dat A. Beheer, maar ook A. belang heeft bij de vergoeding van de door A. Beheer gemaakte kosten staat vast. Vraag is wie A. Beheer als partij daarvoor kan aanspreken. Zou A. Beheer voor de kosten B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer kunnen aanspreken wat bij voorbaat niet kan worden uitgesloten, dan worden de kosten niet geplaatst waar ze 'thuis horen', namelijk in de vennootschap. Vraag is of daar argumenten voor zijn.

Voorop staat dat rechtshandelingen met *derden* waar bedoelde kosten uit voortvloeien in de fase voor de oprichting van de B.V., de zogenaamde i.o.-fase, ex

¹¹³⁶ HR 29 november 1996, NJ 1997, 345, concl. Mok, nt. Maeijer (*Van Andel/Chipshol Forward*), Van Duuren 2012, p. 147.

¹¹³⁷ HR 3 december 1971, NJ 1972, 117 (*Jan Luycken*).

artikel 2:203 BW voor rekening van de vennootschap komen als de vennootschap daarbij door bekrachtiging partij is geworden. Het moet dan gaan om rechtshandelingen door A. Beheer verricht namens de op te richten B.V. waaruit voor de vennootschap slechts rechten en verplichtingen ontstaan wanneer zij die rechtshandelingen na haar oprichting uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigt of ingevolge lid 4 van artikel 2:203 BW wordt verbonden.

De Hoge Raad heeft in dit verband geoordeeld dat voor beëindiging van de persoonlijke gebondenheid door bekrachtiging volstaat dat voorafgaand aan de oprichting een overeenkomst is gesloten op naam en ten behoeve van de vennootschap in oprichting, tenzij uit de omstandigheden, mede in verband met de aard en de inhoud van de overeenkomst anders voortvloeit.¹¹³⁸

Lid 4 van artikel 2:203 BW verwijst verder naar het verbinden van de vennootschap in de akte van oprichting door het uitgeven van aandelen, het aanvaarden van stortingen daarop, het aanstellen van bestuurders, het benoemen van commissarissen en het verrichten van rechtshandelingen als bedoeld in artikel 2:204 lid 1 BW. Bij dit laatste gaat het om rechtshandelingen in verband met het nemen van aandelen waarbij bijzondere verplichtingen op de vennootschap worden gelegd, er toe strekkende om enigerlei voordeel te verzekeren aan een oprichter der vennootschap of aan een bij de oprichting betrokken derde, of betreffende inbreng op aandelen anders dan in geld. Hiervan is i.c. geen sprake.

Eerste kanttekening hierbij ten aanzien van de vraag of de door A. Beheer gemaakte kosten door de vennootschap moeten worden vergoed is dat de kosten in de casus *juist niet* tegenover derden expliciet op naam van de vennootschap zijn aangegaan. De kosten – ofschoon niet gedetailleerd omschreven – zijn wel gemaakt ter voorbereiding op en het mogelijk maken van de normale exploitatie van de door de vennootschap gedreven onderneming vanaf de dag van oprichting. Dat staat vast.

Hier gaat hier dus niet om de problematiek van toerekening van een rechtshandeling verricht door A. Beheer tegenover een *derde*, aan de B.V. na de oprichting, maar om een (begin van een) consensus (tot uitdrukking komend in de voorovereenkomst) in de interne verhoudingen tussen A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer – dus om een beheershandeling – waarbij vooralsnog noch A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer noch ‘Lipsum’ in formele zin ‘partij’ zijn.

Gesteld nu dat de kosten door A. Beheer in het kader van de voorgenomen exploitatie wel gemaakt worden, maar dat de oprichting niet doorgaat. Bestaat er

¹¹³⁸ Schoordijk 190/1. HR 17 september 1982, NJ 1983, 120, nt. Maeijer (*Heufkens/Bonaventura*) en HR 19 februari 2010, NJ 2010, 115 (*ING Bank/Bera Holding*).

dan grondslag voor de interne draagplicht van B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer? Onderscheiden moet worden naar de situatie waarin op naam van de B.V. i.o. naar buiten is opgetreden en waarin dat niet gebeurt. Is dat wel zo dan kwalificeert samenwerking als V.O.F. (intern als maatschap) en daarmee zou de draagplicht als passend binnen de normale exploitatie en binnen het doel gegeven kunnen zijn.

Is noodzakelijk dat A. Beheer daarbij ook op naam van het nog op te richten ‘Lipsum’ handelt? Nee, het gaat om kosten binnen de normale exploitatie – de kosten zijn dus niet buitensporig, het gaat om bevoegd verrichte beheershandelingen en de voorovereenkomst als begin van consensus constitueert de toerekening aan B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer die daaraan medewerking hebben verleend, niet hebben geprotesteerd¹¹³⁹ en daardoor – dus door zeker geruststellend gedrag of impliciete bekrachtiging – het risico zouden dienen te krijgen toebedeeld. Van B., C. en D. mag – zie de *dierenartspraktijk*-uitspraken – worden verwacht dat als zij nadat ze de voorovereenkomst hebben opgesteld alsnog bezwaar hebben tegen het maken van kosten door A., zij daartegen prompt protesteren. Of liever: het maken van die kosten voorkomen.

Dat geldt zelfs als zij als beoogde volledige zeggenschapshouders de vennootschappen B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer helemaal niet oprichten. Dit heeft een zekere relatie met de kwestie van het *Costa Blanca*-arrest¹¹⁴⁰ waarin het ging om rechtstreekse aansprakelijkheid van een bestuurder ‘om de rechtspersoon heen’, die hier evenwel helemaal niet wordt opgericht. Punt hier is dat B., C. en D. voorgevende de beheervenootschappen en ‘Lipsum’ te zullen oprichten daarvoor onder meer via artikel 3:70 BW maar ook vanuit hun bijzondere ledenverhouding hebben in te staan. Het laat zien dat twee lijnen in elkaar overlopen – in de kern gaat het om de vraag onder welke omstandigheden een bestuurder nog in gerechtvaardigd vertrouwen naar zijn vennootschap kan en mag doorverwijzen teneinde persoonlijke aansprakelijkheid te voorkomen.¹¹⁴¹

Is er niet naar buiten toe opgetreden op naam van Lipsum B.V. i.o. dan zou de interne verhouding tussen de Beheer B.V.’s kunnen kwalificeren als stille maatschap en zou daarmee om dezelfde redenen interne draagplicht gegeven zijn. Dit bevestigt dat – zoals bekend – het door A. Beheer al dan niet extern optreden op naam van de vennootschap, voor de interne draagplicht en verrekening niet relevant is. De rechtsverhouding zou nog verder kunnen worden afgepeld – geen

¹¹³⁹ HR 3 december 1971, NJ 1972, 117 (*Jan Luycken*), HR 29 november 1996, NJ 1997, 345, concl. Mok, nt. Maeijer (*Van Andel/Chipshol Forward*), zie Mok onder 2.2.5.3 en Maijer onder 2 en artikel 6:89 BW.

¹¹⁴⁰ HR 23 november 2012, LJN BX5881, RvdW 2012, 1473, concl. A-G Timmerman (*Costa Blanca*).

¹¹⁴¹ Vgl. HR 26 juni 1981, NJ 1982, 1 (*V.O.F. Van den Broek*).

inbreng, geen voordeel – er resteert een overeenkomst van opdracht, of een variant; de argumenten blijven ongeveer dezelfde.

Kwalificeert Lipsum B.V. i.o. als stille maatschap dan is zij in het model rechtspersoon, vooralsnog een ‘lege’. De verbintenisrechtelijke aanspraken in de interne verhoudingen blijven dezelfde. Worden de kosten toegerekend aan de rechtspersoon dan laat dat onverlet dat A. Beheer contractuele grondslag heeft om B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer op bijdragen in de kosten aan te spreken.

Gesteld nu dat in de plaats van de vennootschap ‘Lipsum’ als rechtspersoon de persoon van een willekeurige derde X. met X. Beheer wordt gelezen die A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer in de situatie dat zij nog voornemens zijn Lipsum B.V. op te richten, komt versterken. Wanneer nu is X. Beheer als ‘toetreders’ gebonden aan de kennelijke afspraken tussen A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer? Er zal daarvoor een contractuele grondslag moeten zijn, dan wel zullen A., B., C. en D. zo ver in de onderhandelingen met X. gevorderd moeten zijn dat X. Beheer zich zonder enige bijdrage te leveren in de kosten ten laste van de nog op te richten vennootschap niet te goeder trouw uit die onderhandelingen kan terugtrekken.¹¹⁴² X. zal dan minstens wel van die kosten moeten hebben geweten. Het gaat dan om de vraag tot welk moment X. Beheer zich kan terugtrekken uit de onderhandelingen zonder een bijdrage te leveren in de mede te zijner behoefte gemaakte kosten.

Lees nu voor X. Beheer de rechtspersoon ‘Lipsum’, die als zodanig ex artikel 2:5 BW aan een natuurlijke persoon gelijk staat. ‘Lipsum’ zou net als X. Beheer als toetreders tot de afspraken kunnen worden gezien. Tegelijk geldt dat ‘Lipsum’ een bijzondere positie inneemt omdat zij wordt gecontroleerd door B. Beheer en D. Beheer (en door C. Beheer als aandeelhouder). Van enig onderhandelingsstadium met ‘Lipsum’ kan geen sprake zijn. Kennis van B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer (kennis van A., B., C. en D.) kan één op één aan ‘Lipsum’ worden toegerekend. De ruimte die B. Beheer en D. Beheer handelend op naam en ten behoeve van ‘Lipsum’ hebben wordt vanwege het bij hen bestaande inzicht en de bij hen bestaande volledige zeggenschap genormeerd door de voorovereenkomst en de daarin opgenomen voorafspraken met A. De voorovereenkomst werpt zijn schaduw vooruit.¹¹⁴³

‘Lipsum’ zal zich niet aan de voorafspraken kunnen onttrekken. Ook niet als de samenwerking in de voorfase kwalificeert als rechtspersoon. De argumenten voor toerekening van kosten aan de vennootschap blijven dezelfde: het gaat om

¹¹⁴² Tjittes is overigens terughoudend in de toepassing van dit soort toerekening. Tjittes 2006.

¹¹⁴³ Hof r.o. 4.4 bij HR 29 november 1996, NJ 1997, 345, concl. A-G Mok, nt. Maeijer (*Van Andel/Chipshol Forward*).

kosten binnen de normale exploitatie en de voorovereenkomst constitueert via B., C. en D., die daartegen voor de vennootschap niet hebben geprotesteerd (geruststellend gedrag) de toerekening aan de vennootschap.

Het veronderstelt ‘actieve reflectie’ bij B., C. en D. willen zij gebondenheid van de vennootschap voorkomen. Die actieve reflectie te eisen vloeit voort uit de goede trouw die de verhouding tussen A., B., C. en D. als volledige zegen-schapshouders beheerst.

Is de voorgaande redenering ongebruikelijk? Het arrest van de Hoge Raad inzake *Jan Luycken* doet veronderstellen van niet.¹¹⁴⁴ Ofschoon het arrest gaat over de vordering van een derde op de vennoten, is het toch relevant. Volgens het arrest oordeelde het Gerechtshof:

‘dat ook wanneer de vennoot bij zijn handelen niet uitdrukkelijk de firma-naam heeft gebezigd de vennootschap en de overige vennoten gebonden kunnen worden; dat de vennootschap gebonden moet worden geacht indien de transactie is verricht onder zodanige omstandigheden dat de wederpartij erop mocht vertrouwen dat de handelende vennoot de transactie voor rekening van de vennootschap en niet voor eigen rekening aanging; dat naar het aanvankelijk oordeel van het Hof zodanige omstandigheden in het onderhavige geval aanwezig waren; dat toch vooreerst tussen pp. vaststaat dat de verbouwing van het hotel in onmiddellijk verband stond met de exploitatie ervan en deze exploitatie blijkt uit het overgelegde uittreksel uit het Handelsregister het doel van de vennootschap is; dat voorts als erkend tussen pp. vaststaat, dat Vermeesch heeft deel genomen aan de besprekingen welke hebben geleid tot het aangaan van de onderhavige aannemingsovereenkomst; dat op grond van het feit dat Van Schaik zijn medevennote Vermeesch bij deze besprekingen heeft betrokken, Van Werven erop mocht vertrouwen dat Van Schaik niet in prive doch als vennoot handelde; dat in dit verband nog opmerking verdient dat Vermeesch mede in haar hoedanigheid van vennote ter gelegenheid van de eerste verbouwing het haar toebehorende onroerend goed hypotheccair heeft verbonden voor de betaling van de aannemingsom; dat hieruit volgt dat Van Werven – behoudens duidelijke aanwijzingen van het tegendeel, waarvan te dezen niet is gebleken – erop mocht vertrouwen dat ook de onderhavige (derde) verbouwing mede voor rekening van Vermeesch plaatsvond; dat het ten slotte in overeenstemming met de gebondenheid van de vennootschap is, dat Vermeesch – gelijk erkend – wekrapporten voor accoord tekende en dat – gelijk evenzeer erkend – betalingen aan de aannemer ten name van de vennootschap plaatsvonden; dat uit al het vorenstaande volgt dat Van Werven erop mocht vertrouwen dat Van Schaik bij het aangaan van de onderhavige

¹¹⁴⁴ HR 3 december 1971, NJ 1972, 117 (*Jan Luycken*).

aannemings-overeenkomst handelde als beherend vennoot, dit is voor rekening van de vennootschap;'

De Hoge Raad oordeelt hierover:

'dat het Hof, ervan uitgaande dat Van Schaik bij Van Werven bekend was als vennoot van de vennootschap en dat Van Werven uit de omstandigheden heeft afgeleid en mocht afleiden dat het een transactie voor rekening van de vennootschap betrof, heeft geoordeeld dat Van Werven – bij gebreke van duidelijke aanwijzingen van het tegendeel – heeft mogen aannemen dat Van Schaik te dezen voor de vennootschap handelde;

dat het Hof, oordelend dat in zodanig geval de vennootschap op grond van art. 17, eerste lid, WvK is gebonden, het systeem van de wet niet heeft miskend en in het bijzonder gemeld art. 17, eerste lid, niet heeft geschonden; dat toch laatstbedoelde bepaling niet dwingt tot de opvatting dat gebondenheid van de vennootschap alleen mag worden aangenomen indien uitdrukkelijk de firmanaam is gebezigd; dat het middel dus tevergeefs is voorgesteld.'

Het zijn redeneringen die ook gelden voor de interne verhoudingen. Het is consequentie van het feit dat de zeggenschapshouders aan de vennootschap een bepaalde bestemming geven. Centrale betekenis heeft het fenomeen van het gerechtvaardigd vertrouwen. Het hangt samen met de vraag met welke verwachting een partner een samenwerking aangaat, met de vraag of die verwachtingen rechtens relevante betekenis hebben, met de vraag of wetenschap (weten of behoren te weten) van die verwachtingen rechtens relevant is en of dat aan de (nog op te richten) rechtspersoon mag worden toegerekend. Let wel: die toerekening is wat anders dan vereenzelviging.¹¹⁴⁵ Het zijn vragen die hierna nog een paar keer terugkomen.

Hoe wordt in de rechtspraak verder met deze problematiek omgegaan?

2.1.2 Voorovereenkomst tot oprichting ('Chipshol Forward/Van Andel')

Relevant is het arrest van de Hoge Raad¹¹⁴⁶ in het kort geding aangespannen door Chipshol Forward N.V. tegen Van Andel en Landinvest B.V. voor de President van de Rechtbank te Haarlem. Chipshol Forward N.V. en Landvision B.V. verwierven rond de luchthaven Schiphol agrarische gronden om daarop

¹¹⁴⁵ De Witt Wijnejn 1999, p. 513 e.v., Assink 2001, p. 205 linkerkolom, die op vereenzelviging ingaat onder verwijzing naar HR 25 februari 2011, NJ 2011, 335 (*Inter Access Groep*) en HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698 (*Rainbow Products/Ontvanger*).

¹¹⁴⁶ HR 29 november 1996, NJ 1997, 345, concl. Mok, nt. Maeijer (*Van Andel/Chipshol Forward*).

bedrijfsterreinen aan te leggen. Chipshol Forward N.V. zocht ter verbreding van de kapitaalsbasis van het grondproject Haarlemmermeer/Schiphol samenwerking met de Wyler-groep.

De casus en de arresten van Hof en Hoge Raad worden hierna ‘vertaald’ naar het model en daarop wordt vervolgens gevarieerd.

In de zaak was Van Andel (hierna: E.) aanvankelijk aan de zijde van de aandeelhouders Chipshol Forward N.V. en Landvision B.V. (hierna: A. Beheer en B. Beheer), beheerst door J. Poot als zeggenschapshouder, betrokken bij de onderhandelingen met Wyler c.s. (kennelijk optredend voor Granaria Beheer B.V.,¹¹⁴⁷ hierna: C. Beheer), met wie Chipshol Forward (A. Beheer) in contact was gekomen door tussenkomst van diezelfde Van Andel (E.). De onderhandelingen leidden tot een voorovereenkomst gedateerd 13 januari 1990 inzake de oprichting in 1991 door Pierson Trust B.V. (hierna: D. Beheer) van Landinvest B.V. (hierna: ‘Lipsum’).

De voorovereenkomst werd ten behoeve van Chipshol Forward N.V. (A. Beheer) nog door Van Andel (E.) ondertekend, dus niet persoonlijk.¹¹⁴⁸

Het is belangrijk te zien dat Van Andel (E.) in de loop der tijd van positie verschoof naar C. Beheer en D. Beheer (daarmee kennelijk meer ‘vriendjes’ werd).

Hierboven staat ‘Wyler c.s., kennelijk optredend voor Granaria Beheer B.V. (C. Beheer). ‘ In de in de NJ gepubliceerde uitspraken blijft tamelijk impliciet wie onder Wyler c.s. moet worden begrepen. Herhaaldelijk wordt door Hof, Hoge Raad en A-G Mok, maar ook in het cassatiemiddel, gesproken over Poot c.s. en Wyler c.s.¹¹⁴⁹ Niet helemaal duidelijk zijn Hof onder 4.6:

‘Uit de stukken valt af te leiden dat ‘Granaria’ dezelfde is als ‘Wyler c.s.’, contractant ten anderen zijde bij de overeenkomst, of daarmee althans ten deze geïdentificeerd moet worden.’

en A-G Mok als hij onder 1.1 schrijft:

‘Ik begrijp dat met ‘Wyler c.s.’ bedoeld wordt: J.P. Wyler en de door deze vertegenwoordigde (en mogelijk ook: beheerste) vennootschap Granaria Beheer B.V.’

¹¹⁴⁷ Hof r.o. 4.6, HR r.o. 3.1 onder (v) en (viii) en A-G Mok onder 1.2.

¹¹⁴⁸ Hof r.o. 4.2.

¹¹⁴⁹ Hof r.o. 4.5/4.6, HR r.o. 3.1 onder (v) en (viii) en A-G Mok onder 1.2. Cassatiemiddel onder 2.a.

Uit de gepubliceerde informatie is dus niet met zekerheid af te leiden of Wyler c.s. de voorovereenkomst tekenden of dat dat gebeurde door Granaria Beheer B.V. (C. Beheer), dan wel of Granaria Beheer B.V. (C. Beheer) expliciet genoemd werd, dan wel dat dat ‘impliciet’ moet worden begrepen, en Granaria Beheer B.V. (C. Beheer) later heeft bekrachtigd. Het lijkt er op, gelet op artikel 8 sub b van de voorovereenkomst waarin staat dat ‘Wyler c.s.’ een commissarisplaats heeft, dat Wyler c.s. de voorovereenkomst tekenden en niet Granaria Beheer B.V.¹¹⁵⁰

De gekozen organisatiestructuur komt in de praktijk vaker voor, namelijk een waarin Poot via Landvision als besturende partij zou gaan optreden en de nieuwe kapitaalverschaffers (‘Wyler c.s.’) ‘op afstand’.¹¹⁵¹

Van Andel (E.) was tot 28 september 1993 naast Poot statutair directeur van Chipshol Forward N.V. (A. Beheer).¹¹⁵² Van Andel (E.) was dus eerst met die zijde verbonden. Het zal een deel van de later optredende ergernis verklaren als E. door C. Beheer wordt voorgedragen.

In de behandeling van de casus wordt er hierna vanuit gegaan dat Wyler persoonlijk de voorovereenkomst getekend heeft maar – voor de eenvoud – dat dat voor de casus en de positie van Granaria Beheer B.V. (C. Beheer) geen verschil maakt.

De casus luidt dan ‘vertaald’ als volgt, waarbij naar analogie van de werkelijke feiten, althans de weerslag ervan in de in de NJ gepubliceerde gegevens, er vanuit gegaan wordt dat kennelijk B. Beheer (Landvision B.V.) en A. Beheer niet in staat waren de zeggenschapsverhoudingen in de aandeelhoudersvergadering van ‘Lipsum’ doorslaggevend te beïnvloeden, maar Granaria Beheer B.V. (C. Beheer) en Pierson Trust B.V. (D. Beheer) dat wel konden.¹¹⁵³

A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer (Wyler c.s.) en D. Beheer komen overeen ‘Lipsum’ op te richten. Zij leggen in een ‘korte samenvatting van de gemaakte afspraken’ gedateerd 13 januari 1990 vast:

¹¹⁵⁰ Dat Wyler c.s. de voorovereenkomst getekend hadden lijkt ook op te maken uit de rechtsoverwegingen 4.2 en 4.3 van het arrest van het Hof waarin valt te lezen dat aan de andere kant Van Andel (E.) voor Chipshol Forward N.V. (A. Beheer) tekende. Dat spoort weer met de processtukken in de zin dat Chipshol Forward N.V. (A. Beheer) eiser was in het kort geding en in het arrest van de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.2 sprake is van een akte van eiswijziging die handelt over de door Chipshol Forward N.V. later jegens Van Andel (E.) – die dus van positie verschoof – en J.P. Wyler ingestelde vordering tot nakoming van de overeenkomst van 13 januari 1990. Ook daaruit lijkt dus te volgen dat Wyler persoonlijk getekend heeft.

¹¹⁵¹ Hof r.o. 4.5.

¹¹⁵² HR r.o. 3.1 (iii).

¹¹⁵³ HR r.o. 3.1 (iii).4.12 - 4.14.

- '8. (...)
b. uitgaande van een Raad van Commissarissen van 'Lipsum' van drie tot vier personen heeft Wyler c.s. een commissarisplaats;
c. de gedelegeerd commissaris dient onverbonden te zijn met de betrokken partijen en dient acceptabel te zijn voor alle betrokken partijen;
(...)'.

B. Beheer (Landvision B.V.) was de eerste bestuurder van 'Lipsum'. Na enige tijd is tussen A. Beheer en C. Beheer onenigheid ontstaan over het ten aanzien van 'Lipsum' te voeren beleid.¹¹⁵⁴ B. Beheer wordt op 15 december 1992 als directeur door de meerderheid bestaande uit C. Beheer en D. Beheer ontslagen. Tijdens die aandeelhoudersvergadering zegt Van Andel (E.):

*'mijn naam is Van Andel, ik treed op namens Granaria (C. Beheer).'*¹¹⁵⁵

Van Andel (E.) – het is al opgemerkt – wisselde of verschoof in de casus dus van positie in de richting van Granaria Beheer B.V. (C. Beheer), waarschijnlijk als gevolg, of mede oorzaak van de gerezen verschillen van inzicht.

Het ontslagbesluit ten aanzien van B. Beheer wordt op 8 april 1993 herhaald. D. Beheer wordt in die aandeelhoudersvergadering benoemd tot bestuurder.

Op dezelfde datum 8 april 1993 wordt E. (Van Andel) aangesteld als gedelegeerd commissaris van C. Beheer in 'Lipsum'.

Door B. Beheer en A. Beheer is op de oproeping voor de aandeelhoudersvergadering niet meteen gereageerd in de zin dat dat E. als gedelegeerd commissaris niet aanvaardbaar was, tijdens de aandeelhoudersvergadering hebben zij niet geprotesteerd, en later is door hen nog gecorrespondeerd met E. als commissaris.¹¹⁵⁶

A. Beheer (Chipshol Forward) dagvaardt vervolgens drie maanden later, op 15 juli 1993, 'Lipsum' en E. in kort geding met als doel E. te verbieden als gedelegeerd commissaris voor C. Beheer in 'Lipsum' op te treden en 'Lipsum' te verbieden E. als zodanig te laten functioneren. A. Beheer legt aan haar vordering ten grondslag dat E. geassocieerd is met Wyler c.s., zodat hij op grond van artikel 8 onder c van de overeenkomst niet voor benoeming als gedelegeerd commissaris in aanmerking komt.¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁴ A-G Mok onder 1.4.

¹¹⁵⁵ Hof r.o. 4.6.

¹¹⁵⁶ A-G Mok onder 2.2.5.3.

¹¹⁵⁷ A-G Mok onder 1.5.

Voorts vordert A. Beheer de vernietiging van het ontslagbesluit ten aanzien van B. Beheer zoals op 8 april 1993 door de aandeelhoudersvergadering bevestigd en herstel van B. Beheer in de positie van bestuurder.

In de loop van het jaar volgend op 15 december 1992, de datum van het ontslag van B. Beheer als bestuurder van 'Lipsum', verhardt zich de verhouding tussen partijen, zelfs zo dat een grote meerderheid in de aandeelhoudersvergadering en van de raad van commissarissen van 'Lipsum' een hernieuwde samenwerking met B. Beheer ongewenst acht.¹¹⁵⁸ (Het Hof acht het daarom later in hoger beroep weinig aannemelijk dat B. Beheer nog zinvol, laat staan effectief als bestuurder van 'Lipsum' zal kunnen functioneren).¹¹⁵⁹

Bij vonnis van 10 augustus 1993 heeft de president de gevraagde voorzieningen geweigerd. Tegen het vonnis is door A. Beheer beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam, waarna het Hof bij arrest van 25 november 1993 het bestreden vonnis althans wat betreft de positie van E. als commissaris vernietigd heeft. E. – opnieuw 'vertaald' – heeft verboden verder te functioneren of op te treden als gedelegeerd commissaris van 'Lipsum', en 'Lipsum' heeft verboden E. verder te laten functioneren of te laten optreden als haar gedelegeerd commissaris, telkens zowel intern als extern.

Tegen het arrest hebben Landinvest B.V. ('Lipsum') en Van Andel (E.) cassatie ingesteld. In een van de onderdelen van het cassatiemiddel wordt het Hof verweten te hebben miskend dat de overeenkomst tussen A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer niet bindend was voor E., omdat E. en 'Lipsum' geen partij waren bij die overeenkomst. Volgens de Hoge Raad faalt dit subonderdeel en verwijst naar rechtsoverweging 4.7 waarin door het Hof werd overwogen:

'Mede gelet op zijn nauwe betrokkenheid bij de totstandkoming van bedoelde overeenkomst, handelde Van Andel (E.) onder deze omstandigheden in strijd met hetgeen hem volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens Chipshol Forward (A. Beheer) betaamde door zich na zijn aftreden als haar statutair directeur op 8 april 1993 te laten benoemen tot gedelegeerd commissaris van Landinvest ('Lipsum'). Dit wordt niet anders doordat de statuten van Landinvest ('Lipsum') geen bepaling bevatten die aan de benoeming van Van Andel (E., onderstreepte toevoegingen P) in deze hoedanigheid in de weg staan, zoals bij pleidooi is aangevoerd.'

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat daarin besloten ligt dat Wyler c.s., naar het oordeel van het Hof, in strijd met de overeenkomst van 13 januari 1990 hebben gehandeld door mee te werken aan de benoeming van E. tot gedelegeerd

¹¹⁵⁸ Hof r.o. 4.12.

¹¹⁵⁹ Hof r.o. 4.12.

commissaris en dat E. onrechtmatig jegens A. Beheer handelde door, onder de door het Hof genoemde omstandigheden, desondanks de benoeming tot gedelegeerd commissaris te aanvaarden. Dat oordeel geeft volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk, het is niet onbegrijpelijk en behoefde volgens de Hoge Raad geen nadere motivering.

Het Hof gaat er onder rechtsoverweging 4.8 op in dat ‘Lipsum’ niet heeft gesteld zich vrijwillig naar een eventueel tot E. gericht verbod te zullen gedragen. Het Hof wijst er vervolgens op dat ‘Lipsum’ met een beroep op haar autonomie heeft aangevoerd dat zodanige ingreep in haar organisatie niet kan worden aanvaard. Het Hof oordeelt vervolgens dat aangezien het ‘Lipsum’ niet vrij staat de onrechtmatige handelwijze van E. mogelijk te (blijven) maken, ten opzichte van haar een soortgelijk verbod behoort te worden uitgesproken.

In zijn noot bij het arrest wijst Maeijer er op dat hieruit voortvloeit dat het feit dat alleen de algemene vergadering van aandeelhouders de gedelegeerd commissaris kan benoemen en ontslaan, dus niet meebrengt dat het uitblijven van een ‘ontslagbesluit’ niet aan de vennootschap zou kunnen worden toegerekend:

‘Het bestuur diende onder de gegeven omstandigheden met de hem gegeven middelen een ontslagbesluit uit te lokken. Indien dit niet tot resultaat leidt, kan “het uitblijven” van een ontslagbesluit door de algemene vergadering, blijkbaar eveneens als onrechtmatige handelwijze, aan de vennootschap worden toegerekend.’

Welke elementen nu zijn constituerend voor de door Hof en Hoge Raad gevolgde zienswijze?

Het Hof overweegt in rechtsoverweging 4.4., anders dan de president in kort geding, dat uit het feit dat de voorovereenkomst strekte tot de oprichting van Landinvest (‘Lipsum’) niet volgt dat deze na haar oprichting geen enkele normerende werking meer had. Let wel: de voorovereenkomst was bedoeld werking te hebben na de oprichting en bevatte met het oog daarop expliciete bepalingen, zoals ook het geval was in het voorbeeld in de vorige paragraaf. Daarin verschilt deze voorovereenkomst van andere overeenkomsten in de voorfase die mogelijk minder expliciet zijn, zoals een VOF overeenkomst ter zake van een VOF die later wordt ‘omgezet’ in een B.V., waarover de volgende paragraaf.

In rechtsoverweging 4.5 overweegt het Hof dat Chipshol Forward (A. Beheer) een redelijk en ook voor Van Andel (E.) kenbaar belang had bij het bepaalde in artikel 8 (c) van de voorovereenkomst waarmee een bepaald evenwicht in de organisatorische structuur werd ingebouwd tussen de besturende partij enerzijds en de kapitaalverschaffers anderzijds; in rechtsoverweging 4.6 dat van Andel

(E.) niet ‘onverbonden’ was; en in rechtsoverweging 4.7 dat Van Andel (E.) nauw betrokken was bij de totstandkoming van de overeenkomst.

Daarom, zo oordeelt het Hof, pleegde Van Andel (E.) een onrechtmatige daad door zich onder deze omstandigheden na zijn aftreden als haar statutair directeur op 8 april 1993 te laten benoemen tot gedelegeerd commissaris van Landinvest (‘Lipsum’). Dit wordt volgens het Hof niet anders doordat de statuten van Landinvest (‘Lipsum’) geen bepaling bevatten die aan de benoeming van Van Andel (E.) in deze hoedanigheid in de weg staan, zoals bij pleidooi was aangevoerd.

Dit sluit aan op de idee van systeemruimte: waar wet en statuten niet afdoende regelen, kan niet alleen worden teruggegrepen op artikel 2:8 lid 1 BW, maar ook op – zoals hier gebeurt – de normerende werking van de voorovereenkomst (rechtsoverweging 4.4). Die ruimte is er. Er is ook geen bezwaar om de ‘werking van de voorovereenkomst’ onder de zorgvuldigheidsnorm (*Zwagerman!*) van artikel 2:8 lid 1 BW te schuiven. Let wel: het verlenen van normerende werking is nog wat anders dan het doorschuiven van de volledige contractuele werking van de voorovereenkomst tot en met artikel 6:74 BW aan toe. Toch zou dit laatste gelet op het in de vorige alinea besproken arrest van de Hoge Raad *Jan Luycken* niet alleen voor de hand hebben gelegen, maar in de daar gehanteerde argumentatie de aangewezen weg zijn geweest.

Het oordeel van het Hof geeft – zoals hierboven opgemerkt – volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting blijk, het is niet onbegrijpelijk en behoefde volgens de Hoge Raad geen nadere motivering. De Hoge Raad doet aan de redenering van het Hof dus niet toe of af.

Het Hof passeert het beroep op de eigen autonomie van ‘Lipsum’ (Landinvest)¹¹⁶⁰ en passeert het argument dat E. en ‘Lipsum’ geen partij waren bij de voorovereenkomst.

Dus: geen partij, wèl normerende werking.

In het kader van de andere in het conflict spelende kwestie, de vordering van A. Beheer tot vernietiging van het ontslagbesluit ten aanzien van B. Beheer van 15 december 1992, zoals op 8 april 1993 bevestigd, en tot herstel van B. Beheer als bestuurder, houdt het Hof ook vast aan haar constatering dat ‘Lipsum’ (Landinvest) geen partij was bij de voorovereenkomst van 13 januari 1990 en dat ook na haar oprichting niet was geworden.¹¹⁶¹ Het Hof overweegt:¹¹⁶²

¹¹⁶⁰ Hof r.o. 4.8.

¹¹⁶¹ Hof r.o. 4.13.

¹¹⁶² Hof r.o. 4.13.

‘4.11 De grieven VII-XIII daarentegen falen. Het besluit tot ontslag van Landvision, genomen tijdens de aandeelhoudersvergadering van Landinvest d.d. 15 december 1992, is immers bevestigd ter vergadering van 8 april 1993. Geen van de grieven is erop gericht de rechtsgeldigheid van laatstgenoemd besluit ter discussie te stellen. Daarom is er geen aanleiding de verlangde voorziening te treffen. De rechtsgeldigheid van het eerste besluit kan onder deze omstandigheden slechts terzake doen in verband met een eventuele vordering tot schadevergoeding terzake van het tussenliggende tijdvak. Zodanige vordering is in deze procedure echter niet aan de orde.

4.12 Daarbij komt dat de grieven strekken tot herstel van Landvision als bestuurder van Landinvest, uit welke functie Landvision inmiddels bijna een jaar geleden is ontslagen. Omdat de verhouding tussen partijen zich in die tussentijd nog heeft verhard en vaststaat dat een grote meerderheid in de aandeelhoudersvergadering en van de raad van commissarissen van Landinvest zo'n hernieuwde samenwerking ongewenst acht, leidt ook een afweging van de belangen van partijen tot weigering van de voorziening. Het is onder de gewijzigde omstandigheden immers weinig aannemelijk dat Landvision nog zinvol, laat staan effectief als bestuurder van Landinvest zal kunnen functioneren.’

Vervolgens:

‘4.13 Voorts meent Chipshol Forward blijkbaar dat zij in verhouding tot Landinvest aanspraak kan maken op zodanige voorziening. Dat is niet het geval. Landinvest was geen partij bij de op 13 januari 1990 gesloten overeenkomst en is dat ook na haar oprichting niet geworden. In art. 7 lid 5 van haar statuten staat uitdrukkelijk vermeld dat haar directeur “te allen tijde door de algemene vergadering (kan) worden geschorst of ontslagen”. In zoverre staan deze statuten haaks op het bepaalde in art. 8(d) van de overeenkomst, zonder dat is gesteld of gebleken dat Chipshol Forward daartegen bij of kort na oprichting van Landinvest heeft geprotesteerd (nog daargelaten in hoeverre Landinvest zich van zo'n protest iets had hoeven aantrekken).

4.14 In het algemeen lijkt Chipshol Forward bij dit onderdeel van haar vordering onvoldoende te onderkennen dat Landinvest een eigen vennootschappelijk belang heeft, dat zij vrijelijk mag nastreven binnen de grenzen van wet, statuten en eventuele overeenkomsten. Landinvest is dus geen instrument van de Chipshol-groep. Dat had Chipshol Forward zich kunnen en behoren te realiseren toen zij ter verbreding van de kapitaalsbasis van het grondproject Haarlemmermeer/Schiphol samenwerking zocht met de

Wyler-groep en instemde met een gewijzigde structuur van het conglomeraat van daarbij betrokken vennootschappen.'

Het Hof wijst er dus ook in rechtsoverweging 4.13 op dat 'Lipsum' *geen* partij is geworden bij de voorovereenkomst.¹¹⁶³

In rechtsoverweging 4.4 besliste het Hof echter nog *wel* dat de voorovereenkomst normerende werking had. Let wel: daar ging het om normerende werking richting Van Andel (E.) die benoeming als commissaris ondanks de voorovereenkomst aanvaardde. *Hier* gaat het om vernietiging van het ontslagbesluit ten aanzien van B. Beheer en tot herstel van B. Beheer als bestuurder en heeft de voorovereenkomst die normerende werking kennelijk niet.

Hoe zit dat?

Het antwoord is lastig te geven omdat in de geciteerde overwegingen uit de arresten van Hof en Hoge Raad een paar voor het onderwerp van dit boek relevante elementen verborgen zitten, waarvan sommige ook in de cassatiemiddelen (althans voor zover gepubliceerd) niet lijken te worden uitgelicht:

1. er zijn geen grieven gericht tegen het besluit van 8 april 1993 tot bevestiging van het ontslagbesluit. Daarmee is misschien een deel van de hierna te schetsen problematiek onderbelicht gebleven;
2. rechtsoverweging 4.12 van het Hof – over de verharding van de verhoudingen en de belangenafweging ter zake – had zo ontleend kunnen zijn aan jurisprudentie van de Ondernemingskamer in het kader van het enquêterecht. Herstel van Landvision (B. Beheer) als bestuurder van Landinvest had inderdaad weinig zin. Eventuele schade voor Landvision vertaalt zich in de onder rechtsoverweging 4.11 aangehaalde schade-actie;
3. naar aanleiding van rechtsoverweging 4.13 heeft te gelden dat de precieze inhoud van het bepaalde in *artikel 8(d)* in de voorovereenkomst niet blijkt, niet uit de NJ (en ook niet uit de JOR of de RvdW) – dat leidt dus tot giswerk over wat daar in bepaald werd;
4. het Hof overweegt onder rechtsoverweging 4.13 wel dat het in artikel 7 lid 5 van de statuten bepaalde, namelijk dat haar directeur 'te allen tijde door de algemene vergadering (kan) worden geschorst of ontslagen', haaks staat op het bepaalde in *artikel 8(d)* van de voorovereenkomst;

¹¹⁶³ Hof r.o. 4.13.

5. het Hof herhaalt dus dat Landinvest geen partij bij de voorovereenkomst is geworden;
6. aan de ‘normerende’ werking van de voorovereenkomst wordt in rechtsoverweging 4.13 – de vernietiging van het ontslagbesluit ten aanzien van B. Beheer en tot herstel van B. Beheer in zijn positie van bestuurder – door het Hof geen aandacht besteed – wellicht ook vanwege het in rechtsoverweging 4.12 overwogene;
7. het Hof overweegt – welhaast ten overvloede – in rechtsoverweging 4.14 wel dat Chipshol Forward N.V. (A. Beheer) onvoldoende onderkent dat Landinvest (‘Lipsum’) een eigen vennootschappelijk belang heeft, dat zij vrijelijk mag nastreven binnen de grenzen van wet, statuten en *eventuele overeenkomsten*. Dat voorts Landinvest dus geen instrument is van de Chipshol-groep en dat Chipshol Forward (A. Beheer) zich dat had kunnen en behoren te realiseren toen zij ter verbreding van de kapitaalsbasis van het grondproject Haarlemmermeer/Schiphol samenwerking zocht met de Wyler-groep en instemde met een gewijzigde structuur van het conglomeraat van daarbij betrokken vennootschappen.

Er wordt dus door het Hof gerefereerd aan wat Chipshol Forward (A. Beheer) bij het aangaan van de samenwerking had kunnen en behoren te realiseren;

8. niet duidelijk is of door A. Beheer beroep is gedaan op artikel 2:8 BW.

Rechtsoverweging 4.14 (dat ‘Landinvest een eigen belang heeft’, etc.) leidt, geïsoleerd beschouwd, naar aanleiding van het voorgaande wel tot vragen: wat is nu voor de normerende werking van de voorovereenkomst het verschil tussen het partij zijn en het niet partij zijn van ‘Lipsum’ gelet op de inhoudelijke argumentatie? Waarom wordt door het Hof een andere redenering gevolgd bij de aanvaarding van Van Andel van diens commissariaat (dan heeft de voorovereenkomst *wel* normerende werking) dan bij de beoordeling van het ontslagbesluit ten aanzien van Landvision (dan dus *geen* normerende werking en de nadruk op het eigen vennootschappelijk belang)?

Voor de beantwoording van deze vraag terug naar de feiten: op 8 april 1993 wordt E. (Van Andel) aangesteld als gedelegeerd commissaris van C. Beheer in ‘Lipsum’. Door B. Beheer en A. Beheer is op de oproeping voor de aandeelhoudersvergadering niet meteen gereageerd dat E. als gedelegeerd commissaris niet aanvaardbaar was, tijdens de aandeelhoudersvergadering hebben zij niet gepro-

getest, en later hebben zij nog gecorrespondeerd met E. als commissaris.¹¹⁶⁴ Ook hier geldt dus dat niet direct is geïnterced.

A. Beheer (Chipshol Forward) dagvaardt vervolgens pas drie maanden later, op 15 juli 1993, Landinvest ('Lipsum') en Van Andel (E.) in kort geding.

Gelet op deze feiten had het Hof even goed kunnen redeneren dat Landinvest ('Lipsum') een eigen vennootschappelijk belang heeft, dat zij vrijelijk mag nastreven (toerekening van door de meerderheidsaandeelhouders C. Beheer en D. Beheer aan de vennootschap) binnen de grenzen van wet, statuten en (NB!) *eventuele overeenkomsten* (cursivering P – waarover nog hieronder). En dus – net als in de redenering van het Hof – voorts dat Landinvest geen instrument was van de Chipshol-groep en dat Chipshol Forward (A. Beheer) zich dat had kunnen en behoren te realiseren toen zij ter verbreding van de kapitaalsbasis van het grondproject Haarlemmermeer/Schiphol samenwerking zocht met de Wyler-groep en instemde met een gewijzigde structuur van het conglomeraat van daarbij betrokken vennootschappen, te meer daar de statuten zulks niet uitdrukkelijk anders bepaalden.

Als het gaat om de aanvaarding door Van Andel van zijn positie als commissaris staan de in rechtsoverweging 4.14 hierboven aangehaalde door het Hof geformuleerde argumenten *kennelijk niet* aan de normerende werking van de voorovereenkomst in de weg. Dat is *kennelijk wel* het geval als het gaat om het optreden tegen het ontslagbesluit zoals althans in rechtsoverweging 4.14 – althans geïsoleerd beschouwd – aan de orde.

Verder: als het zo is dat het in artikel 7 lid 5 van de statuten bepaalde, namelijk dat haar directeur 'te allen tijde door de algemene vergadering (kan) worden geschorst of ontslagen', haaks staat op het bepaalde in artikel 8(d) van de voorovereenkomst, dan is onduidelijk waarom de voorovereenkomst geen normerende werking had. Te meer daar het Hof zelf overweegt dat Landinvest een eigen vennootschappelijk belang heeft:

'dat zij vrijelijk mag nastreven (toerekening van door de meerderheidsaandeelhouders C. Beheer en D. Beheer aan de vennootschap) binnen de grenzen van wet, statuten en eventuele overeenkomsten.'

Hebben die overeenkomsten nu wel of niet normerende werking?

De reden voor het verschil in benadering door het Hof is *kennelijk* gelegen in de rechtsoverwegingen 4.11 en 4.12, namelijk in de intussen opgetreden verharding

¹¹⁶⁴ A-G Mok onder 2.2.5.3.

van de verhoudingen en de belangenafweging ter zake. Waar het Hof overweegt:

‘Het is onder de gewijzigde omstandigheden immers weinig aannemelijk dat Landvision nog zinvol, laat staan effectief als bestuurder van Landinvest zal kunnen functioneren.’

Gesteld nu (vertaald naar de casus) dat het Hof wèl geoordeeld zou hebben dat ‘Lipsum’ partij was geworden. In de hier gekozen benadering zouden daarvoor constituerend zijn geweest de ‘apparent authority’ (kennelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid van de ondertekenaars in combinatie met de arresten inzake *dierenartsenpraktijk* en *Jan Luycken* zoals in paragraaf 2.1.1 beschreven) en de goede trouw in de besloten ledenverhouding tussen betrokkenen.

De inhoudelijke afwegingen die het Hof gebruikt heeft om de vordering tot vernietiging van het ontslagbesluit af te wijzen:

‘dat de grieven strekken tot herstel van Landvision als bestuurder van Landinvest, uit welke functie Landvision inmiddels bijna een jaar geleden is ontslagen. Omdat de verhouding tussen partijen zich in die tussentijd nog heeft verhard en vaststaat dat een grote meerderheid in de aandeelhoudersvergadering en van de raad van commissarissen van Landinvest zo’n hernieuwde samenwerking ongewenst acht, leidt ook een afweging van de belangen van partijen tot weigering van de voorziening. Het is onder de gewijzigde omstandigheden immers weinig aannemelijk dat Landvision nog zinvol, laat staan effectief als bestuurder van Landinvest zal kunnen functioneren.’

zouden exact hetzelfde zijn geweest als het Hof de vennootschap wel partij zou hebben geacht. Die argumenten zouden namelijk ook gegolden hebben als de contractuele grondslag gevolgd zou worden en beroep op artikel 6:248 BW zou zijn gedaan.

Zichtbaar wordt hiermee dat de keuze voor normerende werking of contract(uele doorwerking) voor het uiteindelijke resultaat geen verschil maakt. Belangrijk is te zien dat de aanneme van het bestaan van een voorovereenkomst waarbij ‘Lipsum’ partij zou zijn geweest omdat al haar zeggenschapshouders die voorovereenkomst tekenden, niet zou hebben geleid tot een andere *uitkomst* van de redeneringen leidende tot de beslissing van Hof en Hoge Raad voor de positie van E. en ‘Lipsum’.

Hier komt nog iets bij. Voor zover de voorovereenkomst in bepaling 8(d) in de weg stond aan de statutaire bepaling van 7 lid 5 namelijk dat haar directeur ‘te allen tijde door de algemene vergadering (kan) worden geschorst of ontslagen’

komt het aan op uitleg en op de hiërarchie van verbintenissen mede in het perspectief van de betrokken belangen. Kortom op analyse van aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding. Uitgangspunt zou dan moeten zijn dat contrair gedrag, hier bestaande uit het na de oprichting van een B.V. akkoord gaan met zo'n statutaire regeling en bij of kort na de oprichting daartegen niet protesteren, betekent dat de voorovereenkomst en de uitgangspunten daarvan gewijzigd worden.

Interessant is dat artikel 6:248 BW als 'buiten-' en artikel 2:8 BW als binnen rechtspersonenrechtelijke norm in deze benadering naadloos in elkaar overlopen. Het laat zien dat langs verschillende redeneringen naar een zelfde resultaat kan worden gewerkt. Tegelijk laten de arresten van de Hoge Raad inzake *Jan Luycken* en de *dierenartspraktijk* zien dat het de voorkeur verdient dat via de weg van de consensualiteit/het contract te doen. De rechtspersoon is weliswaar drager van rechten en plichten maar dat laat, gelet op de tegelijk bestaande transparantie – en dat zijn toch zaken die uit elkaar gehouden moeten worden – de toerekening van kennis onverlet.

Simpel geredeneerd, maar gelet op de arresten inzake de *dierenartspraktijk* en *Jan Luycken* niet ten onrechte: worden bepaalde consequenties niet gewenst dan zal tijdig daartegen moeten worden opgekomen. Dat veronderstelt 'actieve reflectie' – goede trouw. Dat uitgangspunt is niet uitgewerkt met de oprichting van een rechtspersoon.

Het is een functie van opzegging: te beëindigen wat niet wenselijk is of gewenst wordt. Het is consequenties van analyse van de aard van de lidmaatschaps- en ledenverhouding en de daarin geldende goede trouw.

Dat geconcludeerd wordt tot contractuele gebondenheid van 'Lipsum' aan de voorovereenkomst bekrachtigt de uitkomst van de redenering en laat een zeker 'innerlijke samenhang' zien. Het laat voorts onverlet dat het materieel beschouwd onjuist zou zijn – mede gelet op doel en strekking van het enquêterecht dat hier verder overigens buiten staat – mee te gaan in het verzoek om herstel van een directeur in diens positie als de verhoudingen totaal verziekt zijn. Het zou bovendien verkeerd zijn te denken dat als in de statuten van een flex-B.V. geen verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard zijn opgenomen, er geen verbintenissen tussen partijen zouden bestaan. Sterker: als er wel verbintenissen in zijn opgenomen behoeven die nog niet limitatief te zijn.

Dit is problematiek die door de invoering van de flex-regeling in diverse geschillen nog tot uitdrukking zal gaan komen.

Tot slot: het is precies om de voorgaande redenering – in lijn met de door het Hof geconstateerde en door de Hoge Raad bevestigde normerende werking – dat

hier verdedigd wordt dat Groenselect N.V. wel degelijk wel aan de arbitrage-overeenkomst als gesloten tussen haar zeggenschapshouders gebonden was – zie hoofdstuk 1, paragraaf 4.4 – hetgeen een ondersteuning is van de zienswijze van De Mol van Otterlo. Het zou in elk geval een verklaring zijn dat het onbegrijpelijk is dat dat Groenselect N.V. zich aan arbitrage kan onttrekken door te betogen daarbij geen partij te zijn.¹¹⁶⁵

2.1.3 ‘Omzetting’ maatschap (‘Lampe/Videoworks’)

Nu de situatie van een ‘voorovereenkomst’ die kennelijk juist niet bedoeld was om een regeling te geven voor de rechtsverhouding na de oprichting. Lampe was met twee andere personen, Nette en De Nes, vennoot in de vennootschap onder firma Videoworks.¹¹⁶⁶ De vennoten hebben bij notariële akte van 13 oktober 1989 Videoworks BV opgericht, waarbij de drie voormalige vennoten bij de oprichting tot directeurs van Videoworks zijn benoemd. Op de dag van de oprichting van Videoworks heeft de algemene vergadering van aandeelhouders het besluit genomen Lampe als directeur te ontslaan. Omdat er twijfel bestond omtrent de geldigheid van dit besluit heeft de algemene vergadering van aandeelhouders Lampe op 18 december 1989 nogmaals ontslagen.

Lampe voerde daarop twee aparte procedures, een gericht op de vernietiging van het ontslagbesluit wegens de wijze van totstandkoming die in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn, en een gericht op de vergoeding van de door hem geleden schade.¹¹⁶⁷ Het Hof overweegt dat de vordering van Lampe strekkende tot vernietiging van het ontslagbesluit wegens strijd met de statuten en de goede trouw, niet verenigbaar is met de vordering strekkende tot betaling van achterstallig loon en tot schadevergoeding wegens het hem bij besluit van 18 december 1989 gegeven ontslag.

Lampe stelt vervolgens in cassatie dat hij met zijn vordering tot vernietiging van het ontslagbesluit geen herstel van de dienstbetrekking vordert, maar dat hij het als aandeelhouder van Videoworks nodig vindt dat zij de verhouding met haar ontslagen directeur op correcte wijze afwikkelt.

In cassatie kwam hierdoor aan de orde de vraag of Lampe in zijn kwaliteit van aandeelhouder geacht moet worden steeds een ‘redelijk belang’ in de zin van artikel 2:11 lid 2 (oud) BW te hebben bij vernietiging van een besluit dat in strijd met de wet of statuten is tot stand gekomen. Deze vraag moet volgens de Hoge Raad in zijn algemeenheid ontkennend worden beantwoord; nodig is dat

¹¹⁶⁵ Vgl. ook De Witt Wijnen 1999, p. 513 e.v.

¹¹⁶⁶ HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers, AA 1997, 4 (*Lampe/Videoworks*).

¹¹⁶⁷ Vgl. r.o. 4.11 Hof in de Chipshol- zaak.

de aandeelhouder in een eigen belang is of dreigt te worden geschaad, hetgeen hij bij betwisting van de aanwezigheid van een redelijk belang zal hebben te stellen. Dat, zoals Lampe hier, een ontslagen directeur het nodig vindt dat de vennootschap haar verhouding met hem ‘op correcte wijze afwikkelt’, is als belang niet voldoende.

Maeijer wijst in de noot bij het arrest op het volgende:

‘Uit het vonnis van de rechtbank in deze zaak blijkt dat op de dag van de oprichting van de vennootschap, toen reeds werd beslist dat de betrokkene als directeur het veld moest ruimen, de mogelijkheid is opengehouden om eventueel met diens bedrijf samen te werken. Op 18 december 1989 is hij onder verwijzing naar eerdere discussies ontslagen als directeur. Een zelfstandig belang bij herstel van de statutaire positie kan er bijvoorbeeld in gelegen zijn om als lid van de directie deel te nemen aan de besluitvorming ter zake van de bedoelde samenwerking (overigens met gepaste terughoudendheid wegens verstrengeling van belangen), terwijl de betrokken bestuurder er van afziet ook de dienstbetrekking te herstellen. Een zelfstandig belang kan er bijvoorbeeld ook in gelegen zijn dat de betreffende bestuurder onvoldoende gelegenheid heeft gehad zich tegen het voorgenomen ontslag te verdedigen, althans zijn zienswijze kenbaar te maken, en het gegeven ontslag mede hierom als diffamerend ervaart.’

Stel nu dat de V.O.F-overeenkomst althans de uitgangspunten er van als een voorovereenkomst wordt beschouwd. Waartoe leidt dan analyse van de lidmaatschapsverhouding mede aan de hand van het *Haviltex*-criterium? Hoe zullen dit soort situaties in de praktijk verlopen? Wat voor een voorstelling moeten rechter en arbiter zich hierbij maken?

A., B., C. en D., samenwerkend in de vennootschap onder firma ‘Lipsum’, zijn voornemens de V.O.F. ‘om te zetten’ in een B.V. De samenwerking in de V.O.F. is jarenlang goed verlopen en waarom dat zo is, weten ze zelf eigenlijk ook niet.¹¹⁶⁸ Alle beslissingen nemen ze als vanzelf bij unanimiteit, maar de laatste tijd loopt het een beetje stroef. Veel staat er niet op papier en wat er staat is niet actueel. Op enig moment ontstaat het voornemen, op advies van hun fiscalist, om een B.V. op te richten.

Wat A. niet zo in de gaten heeft is dat de anderen op hem uitgekeken raken. A. houdt zich in de voorbereiding met van alles bezig – met de oprichting van vier beheer B.V.’s, met de oprichting van ‘Lipsum’, met de beschrijving van de in te brengen onderneming, gaat daarvoor een keer of vijf naar de notaris die A. bedient van standaardstatuten conform de flex-regeling maar daarbij de juiste vra-

¹¹⁶⁸ Kafka 1920, p. 905.

gen niet stelt en een beetje moe van A. wordt. A. houdt zich verder bezig met betaling van de respectieve nota's –, maar A. houdt zich zeer zeker niet bezig¹¹⁶⁹ met het feit dat de nieuw opgerichte B.V. voor de anderen het uitgelezen moment zou kunnen zijn om hem er uit te werken.

Zulks geschiedt op de dag van oprichting, 13 oktober 2012. A. Beheer wordt in een snel geconstrueerde 'aandeelhoudersvergadering' – weten zij veel – er uitgewipt onder het motto: de helft plus een beslist. Geadviseerd door een familielid dat ergens gelezen heeft dat de 'Lipsum' een eigen vennootschappelijk belang heeft dat zij vrijelijk mag nastreven binnen de grenzen van wet, statuten en eventuele overeenkomsten, en dat nog wel een advocaat als vriendje heeft die weet dat je met ontslagbesluiten moet oppassen, wordt het ontslagbesluit 'voor de zekerheid' nog eens overgedaan op 18 december 2012.

De voorgaande casus is wat dik aangezet, in de praktijk gebeurt het nog fraaier. Waar het in de kern om gaat is dat 'Lipsum' als volstrekt 'instrumenteel', anders geredeneerd dus dan het Hof in rechtsoverweging 4.14 in de *Chipshol*-zaak, te gelden heeft. Een paar elementen spelen hierbij een rol:

- (1) de omzetting in en oprichting van de B.V. 'onder' de doorlopende besloten ledenverhouding (de rechtsverhouding) is een beschikkingshandeling waarvoor unanimiteit vereist is. Hetzelfde geldt voor zodanige wijziging van de rechtsverhouding dat A. verondersteld mag worden te hebben ingestemd met de mogelijkheid van direct ontslag per datum oprichting waar dat vóór de oprichting geconditioneerd zou zijn geweest door de regeling van de opzegging en de toets aan goede trouw;
- (2) opzegging zou krachten artikel 7A:1686 BW aan diezelfde goede trouw onderworpen zijn geweest;
- (3) ook geldt dat de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW en die van artikel 2:8 lid 1 BW naadloos in elkaar overlopen. Goede trouw en de kwalificatie van de 'omzetting' als beschikkingshandeling die de contractuele uitgangspunten niet per se aantast staan aan het ontslag in de weg;
- (4) de boven naar aanleiding van het *dierenartspraktijk*-arrest geformuleerde benadering zou dienen te worden gevolgd: het rechtens toerekenbaar vooronderstellen van actieve reflectie en het aanknopen bij de functie van opzegging. Bij 'niet willen' bewerkstelligen dat de relatie die op basis van vertrouwen mogelijk is ontstaan, wordt beëindigd onder con-

¹¹⁶⁹ Raaijmakers, AA 1997, 4, onder 2: 'wat zij niet hebben gewild is beëindiging van hun persoonlijke samenwerking.'

ditities die – gelet op bij A. dreigend vertrouwen – voor A. rechtens beschouwd acceptabel zijn en moeten zijn.

Het kan – in de context van de casus van het *dierenartspraktijk*-arrest – met andere woorden niet zo zijn dat B., C. en D. klanten- en goodwill-waarde¹¹⁷⁰ weggapen die A. heeft ingebracht, als B., C. en D. A. in de gerechtvaardigde veronderstelling hebben gebracht dat hun rechtsverhouding als maatschap zonder inhoudelijke wijziging in een B.V. wordt ‘omgezet’. Voorafgaand aan het moment van wilsovereenstemming over de oprichting van de B.V., hier heel nauw samenhangend met het moment waarop vertrouwen gerechtvaardigd is, staat de problematiek in de sleutel van de ten opzichte van de oprichting van de B.V. ‘precontractuele’, hier natuurlijk aan de maatschapsovereenkomst gelijkstaande fase als beheerst door de goede trouw. B., C. en D. hadden A. tijdig moeten waarschuwen.

Raaijmakers zette al eerder het arrest in zijn annotatie in *Ars Aequi* in de sleutel van de achterliggende verhouding zoals die tussen Lampe en de twee anderen voor de oprichting van Videoworks B.V. in de personenvennootschap bestond en wijst op de verschillende aan de zijde van Lampe mogelijk betrokken belangen, te weten het belang beroep te kunnen doen op de uittredingsregeling van artikel 2:343 BW om op die manier zijn vermogensbelang te kunnen liquideren, het belang bij schadevergoeding door verlies aan inkomen, het belang bij informatie van de zijde van het bestuur met het oog op aansprakelijkheid en decharge.¹¹⁷¹ Ook zou kunnen worden gewezen op zijn belang concurrerende handelingen te mogen verrichten op het moment dat met hem niet correct wordt afgerekend.

Interessant zijn verder tenminste drie elementen die in de volgende paragrafen verder worden uitgewerkt:

- (1) als B., C. en D. op de dag van oprichting A. als medebestuurder ontslaan dan snijden ze daarmee de band tussen A. als bestuurder en de door ‘Lipsum’ gedreven onderneming door. Dat doorsnijden wordt perfect als ze A. ook zouden kunnen opzeggen (lees: uitstoten. Omgekeerd zou A. na het verkregen ontslag ook een beroep op de uittredingsregeling kunnen doen).¹¹⁷² Waar het hier en in het navolgende om gaat is dat eenzelfde effect – dat ‘doorsnijden’ – ook zou kunnen worden bewerkstelligd als B., C. en D., na het ontslag van A. als bestuurder, als

¹¹⁷⁰ HR 31 mei 2002, NJ 2003, 342, nt. Snijders (*B/K*).

¹¹⁷¹ Raaijmakers, AA 1997, 4, onder nr. 6.

¹¹⁷² Hof Amsterdam 16 maart 1995, JOR 1996, 54, nt. Van den Ingh (*Lensen/Ramp*) en Rb. Den Bosch 10 mei 1996, JOR 1998, 26 (*Hooymans/Hooymans*), tevens houdende de appelzaak bij de Ondernemingskamer.

meerderheidsaandeelhouders, tevens B. en D. bestuurder van de vennootschap, de onderneming in een activa/passiva-transactie zouden verkopen, een keuze die in de praktijk ook wel gemaakt wordt. Op deze wijze wordt ‘onder langs’ gerealiseerd wat ‘boven over’ mogelijk niet lukt, te weten de uitstoting van A.

De vraag rijst dan in hoeverre op beide rechtshandelingen ‘onder langs’ en ‘boven over’ hetzelfde normencomplex van toepassing is – hierna: ‘boven over/onder langs’-analogie genoemd;

- (2) het kost in dit verband niet veel moeite om de activa/passiva-transactie ‘onder langs’ te herkennen als het voeren van beleid. Er is een groot aantal beschikkingen van de Ondernemingskamer waaruit blijkt dat de Ondernemingskamer daar ook geen moeite mee heeft. Het spoort met hetgeen ‘boven over’ gebeurt en hierboven in paragraaf 1.5.2 en 1.5.3 gedaan werd, toen aan de opzegging aan (lees: uitstoting van) A. ook de kwalificatie ‘voeren van beleid’ werd geplakt. Dat is niet vreemd, want het gaat in beide gevallen uiteindelijk om toerekening ook door de Ondernemingskamer van beleid aan de rechtspersoon.

Is ook hier het bestaan van een ‘boven over/onder langs’-analogie vol te houden?

- (3) in beide gevallen – ‘boven over’ en ‘onder langs’ – rijst de vraag naar de betekenis van de artikel 2:8 en 6:248 BW als ‘zorgvuldigheidsnorm’ en de verhouding met artikel 6:162 BW. Hierboven werd er in hoofdstuk 1, paragraaf 1.5 al op gewezen dat er geen bezwaar bestaat de eisen van redelijkheid en billijkheid van art 2:8 BW zorgvuldigheidsnormen te noemen, mits maar in het systeem de verschillende betamelijkheidsnormen en daarmee de verschillende verbonden acties op functie en doel in relatie tot het betrokken belang worden onderscheiden. Dit uitgangspunt dat in hoofdstuk 1, paragraaf 1.5. al werd toegelicht, wordt in de volgende paragrafen verder uitgewerkt.

Hierna zal blijken dat in de ‘boven over’ analyse van de aard van de lidmaatschapsverhouding de mogelijkheden ‘onder langs’ moeten worden meegenomen, ook bij pogingen tot bemiddeling.

2.1.4 Familie- of groepsachtergrond (‘Zwagerman’)

Voor de volgende casus wordt net als in hoofdstuk 1 uitgegaan van een familieachtergrond als meest uitgesproken uitdrukking van een besloten verhouding in de relatie tussen degenen die zich van rechtspersoonlijkheid bedienen. Tegelijk geldt dat het eigenlijk niet correct is om de aanduiding ‘familieachtergrond’ in

een aanhef van een paragraaf als schijnbaar afzonderlijke categorie te gebruiken. Dat bleek al uit hoofdstuk 1, paragraaf 1.5 en het wordt door het volgende bevestigd.

In de praktijk doen zich veel situaties voor van vennootschappelijke geschillen die op de achtergrond bepaald worden door verstoorde familieverhoudingen. Voor de buitenstaander is vaak moeilijk vast te stellen waar de problemen vandaan komen. Duidelijk is wel dat verstoorde verhoudingen op de werkvloer zich vertalen naar de familie en omgekeerd. Een fraai voorbeeld is de in hoofdstuk 1, paragraaf 1.5 al gememoreerde *Zwagerman*-casus¹¹⁷³ waarbij de problemen en spanningen op de achtergrond – die niet direct uit de publicaties in de ARO en JOR blijken – ongetwijfeld een grote rol hebben gespeeld.

In het navolgende wordt de lijn van het betoog verder uitgewerkt vanuit de voorfase, over de periode waarin sprake is van ‘opkomende spanning’ naar deraillerende verhoudingen. Steeds terugkerende thema’s zijn die van de al dan niet ‘besloten ledenverhouding’, die van de acties ‘boven over’ en ‘onder langs’ en de mate waarin redeneringen van binnen het model maar ook daarbuiten consequent kunnen worden volgehouden.

De afwijking van de standaardsamenwerking op de feiten uit het *Zwagerman*-arrest is hierna dat A. en C. als kleine minderheidsaandeelhouders tegenover B. en D. staan die participeren via B. Beheer en D. Beheer als grootaandeelhouders. B. en D. vormen het bestuur van ‘Lipsum’.

De casus van het *Zwagerman*-arrest is in hoofdstuk 1, paragraaf 1.5 al belicht in het perspectief van het eerste uitgangspunt. Hierna wordt ook teruggekoppeld aan de overige uitgangspunten en vragen zoals geformuleerd in de inleiding en hoofdstuk 1. Ter wille van de leesbaarheid wordt de casus kort herhaald en vertaald naar de termen van het model. Centrale vragen zijn – uitgaande van de opzegging als meetlat – de volgende: zouden A. en C. ook hebben kunnen opzeggen? Zouden B. en D. aan A. en C. hebben kunnen opzeggen?

In de *Zwagerman*-beschikking geeft de Ondernemingskamer in rechtsoverweging 3.8 aan de door haar benoemde commissaris de opdracht om het tevens tot zijn taak te rekenen een definitieve oplossing van de tussen partijen bestaande geschillen te beproeven, een oplossing die volgens de Ondernemingskamer meest waarschijnlijk gezocht moest worden in verkoop en overdracht door A. (Jan) en C. (Jacob) van de door hen gehouden aandelen in het kapitaal van de vennootschap. Redenen genoeg om bij deze suggestie van de Ondernemingska-

¹¹⁷³ OK 8 oktober 1998, JOR 1998, 167, OK 30 november 2000, JOR 2001, 4, nt. Van den Ingh, HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79, nt. Van den Ingh (*Zwagerman/Zwagerman Beheer*).

mer aan te haken. Wat de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure niet kan, is het opleggen van een verplichting tot overname, althans anders dan tijdelijk, iets waar Bulten terecht wel voor pleit. De rol van de commissaris is er daardoor vooralsnog een van bemiddelaar.

Om parallellen te kunnen trekken en ter wille van de leesbaarheid een korte herhaling van de feiten voor zover ze in paragraaf 1.5 al aan de orde zijn geweest.

Na zijn huwelijk treedt B. (P.M. Barnhoorn) in 1968 toe tot de Zwagerman Groep, het bedrijf van zijn schoonvader (senior), hierna: de Lipsum Groep. B. wordt medebestuurder van 'Lipsum', de holding binnen de groep met daaronder elf andere vennootschappen. In 1992 worden de bedrijfsactiviteiten van de Lipsum Groep gestaakt en verkoopt B. in het kader van de afwikkeling het grootste deel van de kranen aan derden.

De overgebleven kranen verkoopt hij aan de in 1993 opgerichte vennootschap B. Beheer (Barnhoorn & Zwagerman B.V.) waarin B. en zijn echtgenote aandeelhouders en tevens bestuurder zijn. 'Lipsum' houdt zich vervolgens alleen bezig met beheer van onroerend goed en financiën.

Medio 1996 verkopen de familieleden, met uitzondering van A. en C. – twee van de zonen van Senior – hun aandelen in het kapitaal van 'Lipsum' aan B. Beheer. Financiering voor de koopprijs wordt verkregen doordat 'Lipsum' aan B. Beheer een lening verstrekt ter grootte van f 2.130.000,= en door financiële steun van D. Beheer, een vennootschap van familie van B. B. Beheer houdt daardoor 53,4% van de aandelen in het kapitaal van de vennootschap, D. Beheer 29,78%, het echtpaar B. rechtstreeks 5,61% en A. en C. ieder 5,61%.

In 1996 worden de bedrijfsactiviteiten van 'Lipsum' opnieuw gestart, onder leiding van de per 15 juli 1996 benoemde directeurs B. en D. (uit de in de JOR gepubliceerde feiten wordt niet helemaal duidelijk of de vennootschappen of B. en D. persoonlijk bestuurders waren. Uitgegaan wordt vooralsnog van B. en D. persoonlijk, in aanmerking genomen dat B. Beheer en D. Beheer een managementvergoeding ontvingen die voor een deel was gerelateerd aan de door 'Lipsum' behaalde winst).¹¹⁷⁴

B. Beheer is nagenoeg geheel werkzaam ten behoeve van 'Lipsum' en berekent 86% van haar kosten door aan de vennootschap. D. Beheer en geassocieerde vennootschappen van (de familie) van D. leveren omzet aan. De resultaten van 'Lipsum' vertonen een stijgende lijn.

¹¹⁷⁴ Concl. P-G Mok onder 1.5 in JOR 2002/97.

Hoofdstuk 3

Vervolgens worden door B. Beheer en D. Beheer de drie in hoofdstuk 1, paragraaf 1.5 beschreven transacties uitgevoerd. Medio 1996 wordt door 'Lipsum' aan B. Beheer een lening verstrekt ten bedrage van f 2.130.000,=. Daarmee is een substantieel deel van het actief van de vennootschap gemoeid. De lening hield verband met de verkrijging van 88,8% van de aandelen in de vennootschap door B. Beheer.

De tweede transactie betreft de verkoop, medio 1997, van een aan Lipsum Groep toebehorende woonhuis aan de echtgenote van B. voor een prijs van f 90.000,= kosten verkoper. Ten derde was sprake van een verhoging in 1999 door 'Lipsum' van de prijs die zij in 1997 aan B. Beheer heeft betaald voor de overname van een aantal kranen, van f 5.872.000,= naar f 6.239.300,=.

A. en C., geconfronteerd met deze transacties constateren dat zij niet over alle informatie beschikken en dat aan hen onvoldoende opening van zaken is gegeven.

Gesteld nu dat B. en D. niet persoonlijk bestuurder zijn van 'Lipsum', maar dat zij X. daartoe hebben aangesteld. X. wordt geconfronteerd met het voornemen van B. Beheer en D. Beheer tot het uitvoeren van de drie beschreven transacties. A. en C. Beheer nemen minderheidsposities in.

Sprake is dan van een door B. Beheer, althans B. en diens echtgenote, in nauwe samenwerking met D. Beheer geconstrueerde 'groepsverhouding' waarin minimaal sprake is van organisatorische verbondenheid,¹¹⁷⁵ waartegen A. en C. vanuit hun minderheidspositie van ieder 5,61% niet zomaar kunnen opkomen.

Hierdoor is sprake van door B. Beheer en D. Beheer gevoerd beleid in de vorm van een joint venture (een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding),¹¹⁷⁶ niet op andere wijze tegemoet te treden dan wan-

¹¹⁷⁵ Zie artikel 2:24b BW.

¹¹⁷⁶ Van der Sangen 2009, p. 148. OK 4 januari 2005, ARO 2005, 5 (*Het Bouwbureau*) (waarin Beheer door het voeren van bestuur in een personele unie over de dochter leidt tot ook voor het enquêterecht onlosmakelijke verwevenheid), HR 4 februari 2005, ARO 2005, 27, concl. A-G Timmerman (*Landis*), OK 28 februari 2005, ARO 2005, 34 (*Dodo*), OK 25 mei 2005, ARO 2005, 84 (*Florimarx*), OK 1 augustus 2005, JOR 2005, 266 (*Curamedical Holding c.s.*), OK 22 maart 2006, ARO 2006, 70 (*VDCDG*), OK 3 mei 2006, ARO 2006, 97 (*Bonne Route Holding*), OK 13 juli 2007, ARO 2007, 121 (*Villa Happ International*) (waarin eenheid onvoldoende werd gesteld), OK 27 december 2007, ARO 2008, 8 (*Pool Elements Holding*), OK 10 januari 2008, ARO 2008, 20 (*PCM*), OK 10 juni 2008, ARO 2008, 107 (*ATR*), OK 3 december 2008, ARO 2008, 191 (*Graphic Holding*), OK 16 maart 2009, ARO 2009, 56 (*Adfi-Sto*), OK 24 april 2009, ARO 2009, 64 (*Allstar*), OK 3 mei 2010, ARO 2010, 82 (*Mulix*), OK 16 juli 2010, ARO 2010, 112 (*Boon*), OK 18 november 2010, ARO 2010, 171 (*WVR*), OK 10 februari 2011, ARO 2011, 33 (*Fondsen*), OK 30 mei 2011, ARO 2011, 87 (*Meavita*), OK 15 juni 2011, ARO

neer B. Beheer geheel zelfstandig als nagenoeg 100% moedermaatschappij het beleid zou hebben bepaald in 'Lipsum'. Zij zou in deze variatie alleen rekening hebben te houden met de positie van A. en C. als ieder 5,61% aandeelhouder.

De casus komt dan volledig te staan in de lijn van de jurisprudentie op het gebied van het groepsrecht (bijv. Rb. 's-Hertogenbosch 11 maart 1983, NJ 1984, 394 (*Kuiken Brabant*), Hof Amsterdam (OK) 13 juli 1983, NJ 1984, 570/571 (*Hyster*), Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (*Amstelland*). Uitspraken die de bevoegdheid van een moedermaatschappij tot het geven van centrale leiding aan een dochtermaatschappij verduidelijken en voorzien van een referentiekader.

De redenering is vergelijkbaar. Wenst B. Beheer centrale leiding uit te oefenen dan is dat mogelijk indien en voor zover daardoor de belangen van bij die vennootschap betrokkenen als minderheidsaandeelhouders, schuldeisers en werknemers, en voorts ook de continuïteit van de vennootschap niet voorzienbaar in gevaar worden gebracht. Dat tekort doen aan de belangen van minderheidsaandeelhouders is waar het in de *Zwagerman*-zaak mede om gaat. Het is hier dat de idee van risicobeheersing en controle als ook de betekenis van de 'business judgement rule' een belangrijke rol spelen, alsook uitgangspunten van goede 'corporate governance'¹¹⁷⁷ en daarin besloten liggende transparantie naar 'stakeholders',¹¹⁷⁸

Zou het niet gaan om de positie van A. en C. als in de besloten verhouding volledig geaccepteerde volwaardige partners, dan toch als beleggers.

Het laat tevens zien dat op cassatiemiddel 1 als aangehaald in het *Zwagerman*-arrest, dat onder nummer 8 betoogt dat er geen algemene plicht bestaat om belangenverstrengeling te voorkomen ook om andere redenen af te dingen is. Ook binnen de ledenverhouding die niet of niet langer besloten is.

Het kan in het geval van centrale leiding dwingen tot compenserende maatregelen (nt. Van der Grinten bij HR 09 mei 1986, NJ 1986, 792 (*Keulen/BLG*)), zelfs ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers (HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (*Nimox/Van den End qq.*)).

2011, 97 (*Rickley*), OK 8 september 2011, ARO 2011, 139 (*Induna*), OK 15 december 2011, ARO 2012, 9 (*Landis*), OK 7 februari 2012, ARO 2012, 24 (*Chinese Workers*), OK 27 april 2012, ARO 2012, 65 (*Greenchoice*), OK 28 augustus 2012, ARO 2012, 119 (*Pierson & Pierson*), OK 26 november 2012, ARO 2012, 165 (*Via Parva*).

¹¹⁷⁷ OK 16 november 2005, ARO 2005, 196 (*UMI Beheer*).

¹¹⁷⁸ HR 21 februari 2003, NJ 2003, 182 (*HBG*), HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (*ABN Amro*), HR 14 september 2007, NJ 2007, 611 (*Versatel*), HR 14 september 2007, NJ 2007, 612 (*Tele2 Finance*), HR 9 juli 2010, NJ 2010, 544, concl. A-G Timmerman (*ASMI*). Zie bijvoorbeeld ook het wetsvoorstel herziene Woningwet.

In de verhouding van de moedermaatschappij tot de schuldeisers van de dochter gaat het om normen ontwikkeld in onrechtmatige daads-jurisprudentie, dus om toerekening ‘om de rechtspersoon heen’. Bij compensatoire maatregelen ten opzichte van minderheidsaandeelhouders gaat het om (de nadere invulling van) lidmaatschapsrechten en -plichten in het bijzonder om invulling van betamelijkheidseisen in de besloten ledenverhouding, dus eigenlijk ook ‘over de rechtspersoon heen’.

Centrale vraag hierdoor is wat die compenserende maatregelen tegenover minderheidsaandeelhouders zijn. Is ook hier een ‘boven over¹¹⁷⁹/onder langs’-analogie te ontwaren? Hoe zit dat in relatie tot opzegging? Is dat ook de mogelijkheid van opzegging?

2.1.5 Tussenopmerking – overgang van ‘voorfase’ naar ‘ontvlechting’

Het voorgaande wordt hierna verder uitgewerkt. Daar past wel een waarschuwing bij. Opzegging wordt in dit boek – zoals boven als opgemerkt – niet gezien als de heilige graal van de conflictoplossing. Dat geldt niet voor personenvennootschappen en niet voor Boek 2 BW-rechtspersonen. Op de vraag of opzegging een rol speelt, is het antwoord bevestigend, zoals ook blijkt uit de navolgende casus. Op de vraag of de opzegging een grotere rol kan spelen dan zij nu doet, is het antwoord eveneens bevestigend, zoals hieronder nog zal blijken. Of ze de plaats inneemt van de wettelijke geschillenregeling kan en moet ontkennend worden beantwoord. Dat de wettelijke geschillenregeling door een genuanceerder uitleg van de toepasselijke criteria kan opschuiven is verdedigbaar.

Uitgangspunt voor het navolgende blijft – net als in het *Chipshol/Forward*-arrest – dat het geen zin heeft partijen in een intussen krachteloze besloten samenwerking opnieuw te verbinden.

Opzegging is voor het zover is – net als elk handelen – wel toetsbaar aan de uitgangspunten van de samenwerking, of liever: van de besloten ledenverhouding.

Een voorbeeld waarin de Ondernemingskamer aan opzegging consequenties verbindt is OK 10 april 2012, ARO 2012, 56 (*Sequoia*).

2.2 Casus 2: opzegging – ontvlechting

2.2.1 Opzegging samenwerking (*Sequoia*)

In de casus ging het om drie samenwerkende personen die op bijzondere manier via rechtspersonen en commanditaire vennootschappen met elkaar verbonden

¹¹⁷⁹ OK 11 april 2007, ARO 2007, 70 (*Prins Holding*).

waren. Aanvankelijk – relevant voor de uiteindelijke beoordeling door de Ondernemingskamer – ging het om twee personen Brouwer (B.) en De Boer (D.) die ieder voor 50% via een eigen holding Sequoia Nederland B.V. (hierna B. Beheer) en Sequoia Global B.V. (hierna D. Beheer) in Sequoia Holding B.V. (hierna: ‘Lipsum’) participeerden.

B. en D. vormden het bestuur van Sequoia Holding en vormen hierna samen het bestuur van ‘Lipsum’.

Kort samengevat en voor zover hier relevant participeerden ‘Lipsum’ en een dochtervennootschap (in de OK-beschikking: Sequoia Partners B.V.) ieder in een commanditaire vennootschap waarin Brouwer en De Boer ook weer zeggenschapshouder waren.

Afgeleid, maar gesimplificeerd gaat het volgende ervan uit dat ‘Lipsum’ vervolgens via een van beide C.V.’s, hierna te noemen Lipsum C.V., participeert in een in vijfde vennootschap (X. B.V.) waarin ook de derde voor de casus relevante persoon, Winter (hierna A.) via HVC B.V. (hierna A. Beheer) voor 50% deelnam. De andere 50% van de aandelen werd indirect gehouden door ‘Lipsum’.

X. B.V. is dus te beschouwen als een joint venture waarin B. en D. via ‘Lipsum’ voor 50% participeerden en A. via A. Beheer voor 50%.

Vanaf februari 2009 raakt X. B.V. betrokken bij de exploitatie van in financiële moeilijkheden verkerende ziekenhuizen, die gedreven worden door een stichting. D. en A. treden toe tot het bestuur van de stichting, B. wordt benoemd tot voorzitter van de raad van toezicht van de stichting. X. B.V. stelt euro 5 miljoen euro ter beschikking aan de stichting ter versterking van het eigen vermogen. Dat bedrag is weer afkomstig van de eigen aandeelhouders, gedeeltelijk via een lening van A. gedekt door zekerheden binnen de C.V. De NZa zegt balanssteun toe tot een bedrag van euro 18 mio. Overeengekomen wordt dat zodra het eigen vermogen weer positief is, de stichting wordt omgezet in een B.V. waarin X. B.V. aandeelhouder zal zijn. Medewerkers van Lipsum C.V. worden belast met met werkzaamheden gericht op de reorganisatie van de ziekenhuizen.

De rechtsverhouding tussen D. en de Stichting is op 31 december 2009 vastgelegd in een overeenkomst getiteld ‘functiecontract lid raad van bestuur’. In deze overeenkomst is over de arbeidsinzet van D. niet meer bepaald dan dat ‘het karakter van dit contract is gebaseerd op de persoonlijke inzet en werkkraft van D. gericht op het reilen en zeilen van de Stichting en haar rechtspersonen’ en dat ‘verwacht wordt dat werktijden, vakantiedagen, studiedagen en andere vormen van bereikbaarheid hierop worden afgestemd’. Volgens de overeenkomst draagt de aan D. toekomende bruto vergoeding ‘50% van de Balkenende-norm’.

Hoofdstuk 3

Eerste aanzetten worden gemaakt voor een businessplan, presentaties worden gehouden, concept-plannen worden gemaakt, besprekingen worden gevoerd maar men komt niet tot overeenstemming.

Bij e-mail van 2 november 2010 aan B., met afschrift aan D., schrijft A.:

‘Sinds 2 jaar zijn we partners in X B.V. (...). De reden van dit schrijven is, zoals meermalen mondeling besproken de volgende problematiek; vanaf het prille begin is jouw inbreng in arbeid (en/of toegevoegde waarde anderszins) minimaal. (...) Ondanks herhaalde afspraken die we gemaakt hebben over je inbreng in arbeid is de dagelijkse realiteit dat je niet beschikbaar bent. (...) Een tweede probleem is de rol van D. in X. B.V. in relatie tot jullie partnership met Lipsum C.V. Zoals je bekend is mijn samenwerking met D. binnen X. B.V. en de ziekenhuizen uitstekend. (...) Het is mij bekend dat Lipsum C.V. een succesvol en winstgevend bedrijf is waar jullie beiden goede vruchten van plukken. Als persoon is D. zeer loyaal. Door de beschreven omstandigheid wordt D. in een loyaliteitsdilemma gebracht waardoor adequate besluitvorming – en benodigd handelen – binnen X. B.V. achterblijft. (...) Bij deze laat ik je weten de huidige activiteiten van X. B.V. zijnde de exploitatie van de ziekenhuizen te zien als een eindstation voor ons gemeenschappelijk bedrijf. (...) Vanaf heden voel ik mij vrij om via andere rechtspersonen activiteiten te ontwikkelen in de ziekenhuissector. De financiering van deze activiteiten zal ik in eigen regie ter hand nemen.’

B. maakt hiertegen bezwaar.

De brief van A. is te zien als een opzegging. Het gaat er hier nu niet om of die opzegging correct is, maar om de manier waarop daardoor door B. en D. wordt gereageerd.

Door A., B. en D. wordt eerst geprobeerd tussen december 2010 en juli 2011 door middel van mediation tot een oplossing te komen. Dat lukt niet. Kennelijk komt D. in de loop van de tijd meer op de lijn van A. te zitten – hij lijkt een beetje op Van Andel – dan op de lijn van B., zijn aanvankelijke partner. D. gaat met A. in de stichting steeds meer ‘zijn eigen gang’.

B. en D. maken elkaar dan over en weer verwijten. B. verwijt D. investeringen te doen buiten B. om en niet alle corporate opportuniteiten aan Lipsum C.V. te laten toekomen. Omgekeerd verwijt D. aan B. dat hij zich niet aan afspraken houdt. D. betwist dat tussen hen afspraken bestaan over exclusiviteit van investeringen.

Uiteindelijk komt het van de door B. opgestarte enquêteprocedure. Waar het hier om gaat zijn de volgende overwegingen van de Ondernemingskamer:

‘3.6 De Ondernemingskamer constateert dat Brouwer (lees: B.) en De Boer (D.) hetgeen tussen hen (en tussen de aan ieder van hen gelieerde vennootschappen) is overeengekomen over hun samenwerking binnen Sequoia (Lipsum C.V) niet deugdelijk schriftelijk hebben vastgelegd. Als gevolg daarvan bestaat onduidelijkheid over de inhoud van die afspraken, in het bijzonder wat betreft de inbreng van arbeid, de reikwijdte van de samenwerking en de mate waarin de beide partners in deze joint venture vrij zijn om daarbuiten activiteiten te ontplooiën.

3.7 Sequoia Nederland (B. Beheer) heeft niettemin voldoende aannemelijk gemaakt dat tussen Brouwer (B.) en De Boer (D.) een bestendige samenwerking tot stand is gekomen in de vorm van Holding, Sequoia Group, Sequoia Partners C.V. en SIM. (in de tekst verkort naar ‘Lipsum’ en Lipsum C.V.) Uit de e-mailwisseling op 20 en 21 augustus 2008 blijkt dat tussen Brouwer (B.) en De Boer (D.) in ieder geval is afgesproken dat hun samenwerking voor onbepaalde tijd is aangegaan en alle lopende “advisory contracten en prospects” omvat, slechts met – uitdrukkelijk – uitzondering van de door Brouwer (B.) tussen 2004 en 2008 binnen het toen bestaande samenwerkingsverband onder de naam Sequoia ontwikkelde activiteiten op het gebied van microkrediet (...). Dit bestendige karakter en de ruime reikwijdte van de samenwerking komt ook tot uitdrukking in de door De Boer (D.) overgelegde (concept) “overeenkomst houdende het aangaan van de commanditaire vennootschap Sequoia Group C.V.” (slechts door Brouwer (B.) ondertekend) en de hierboven onder 2.2 geciteerde tekst van de website van de onderneming Sequoia.

3.8 Voorts moet worden aangenomen dat het in ieder geval Brouwer (B.) en De Boer (D.) voor ogen stond de samenwerking met Winter (A.) in de vorm van MC Groep duurzaam te doen zijn en meer te doen omvatten dan slechts de IJsselmeerziekenhuizen. Daarop duiden de hierboven onder 2.9 genoemde plannen en de inhoud van de drie concept-overeenkomsten die in 2010 zijn opgesteld in het kader van de onderhandelingen tussen Brouwer (B.), De Boer (D.) en Winter (A.)(zie hierboven onder 2.10). (...)

3.9 Omdat het Brouwer (B.) en De Boer (D.) voor ogen stond om in samenwerking met Winter in MC Groep belangen te verwerven in een groeiend aantal ziekenhuizen en mogelijk andere zorginstellingen, had het op de weg van Holding en SIM (respectievelijk als commanditaire vennoot van Sequoia Group en als medebestuurder van MC Groep) gelegen om te bezien op welke wijze zij dienden te reageren op de opzegging door Winter (A.)(ondersterping P) bij e-mail van 2 november 2010 van de (toekomstige)

samenwerking in MC Groep en welk beleid zij dienden te voeren na het mislukken van de daaropvolgende mediation tussen Brouwer (B.), De Boer (D.) en Winter (A.). Toen bleek dat de ontwikkeling van toekomstige projecten tezamen met Winter (A.) binnen MC Groep niet langer mogelijk was, stonden Holding en SIM in het bijzonder voor de vraag of Sequoia Group zich al dan niet zou moeten neerleggen bij de beslissing van Winter (A.) om nog slechts buiten MC Groep nieuwe activiteiten te ontwikkelen als ‘zorgondernemer’ en of Sequoia Group zich zelfstandig of in samenwerking met een ander dan Winter (A.) zou moeten richten op het verwerven van belangen in ziekenhuizen en zorginstellingen.

3.10 Uit hetgeen over en weer is gesteld blijkt dat als gevolg van onenigheid tussen Brouwer (B.) en De Boer (D.) over een en ander geen adequate besluitvorming heeft plaatsgevonden. In plaats daarvan heeft De Boer (D.) de samenwerking met Winter (A.) voortgezet op een wijze die vooralsnog niet verenigbaar lijkt te zijn met de belangen van Holding en SIM en de met deze vennootschappen verbonden onderneming. De Boer (D.) heeft daarover bovendien geen (volledige) openheid van zaken gegeven aan zijn medebestuurder Brouwer (B.).’

Uiteindelijk oordeelt de Ondernemingskamer dat gegronde reden bestaat om aan een juist beleid te twijfelen.

Het citaat is wat uitgebreider weergegeven omdat de beschikking laat zien dat al dan niet adequate reactie op opzegging een van de vele factoren kan zijn bij de toetsing van het beleid van de rechtspersoon. In dit geval komt de opzegging niet van binnen (van een mede-aandeelhouder), maar van buiten. Dat maakt de strekking niet wezenlijk anders. Het is door de C.V.-constructie min of meer toeval dat opzegging en de reactie erop in de context van het enquêterecht ter beoordeling aan de Ondernemingskamer zijn voorgelegd. In de interne verhouding is opzegging in een B.V. context ook zo ongebruikelijk dat geen andere voorbeelden in de ARO-jurisprudentie zijn gevonden.¹¹⁸⁰

¹¹⁸⁰ Zijdelings wel OK 15 januari 2010, ARO 2010, 22 (*EXIN Asia*) waarin geoordeeld werd dat opzegging van een samenwerkingsovereenkomst een kwestie is van zuiver verbintenissenrechtelijke aard, OK 30 december 2003, ARO 2004, 4 (*NCAM*), OK 25 mei 2005, ARO 2005, 84 (*Florimarx*), OK 2 augustus 2005, ARO 2005, 155 (*Denkers TNG*), OK 27 december 2006, ARO 2007, 4 (*Woudwood*) over opzegging van managementovereenkomsten, OK 18 mei 2004, ARO 2004, 75 (*Van Ginneken Makelaardij*) over ontslag van bestuurder en aard en karakter maatschap, en verder voorbeelden waar opzegging van kredietrelatie waardoor voortbestaan vennootschap op het spel kwam te staan (OK 29 oktober 2012, ARO 2012, 154 (*NAD*)), en net als elk handelen toetsbaar is (OK 3 juli 2009, ARO 2009, 115 (*CRV Beheer*), OK 4 april 2008, ARO 2008, 80 (*Holystaete*)).

Voorgaande casus is een voorbeeld van een beoordeling binnen het enquête-recht. De beschikking laat zien dat ook de wijze van reageren op een opzegging bij de beoordeling van beleid relevant kan zijn.

De navolgende casus gaat verder in op de analogie ‘boven over’/‘onder langs’.

2.2.2 Opzegging managementovereenkomst ('GRMIC')

In de casus van de uitspraak van de voorzieningenrechter te Arnhem inzake GRMIC B.V.¹¹⁸¹ hield Laudij Beheer B.V. 10% van de aandelen in GRMIC B.V. In het navolgende wordt A. Beheer in de positie van Laudij Beheer B.V. geplaatst. A. Beheer en C. Beheer zijn minderheidsaandeelhouders in dezelfde percentages als Jan en Jacob in de *Zwagerman*-casus.

In de *Zwagerman*-casus – zoals in de vorige paragraaf al opgemerkt – geeft de Ondernemingskamer in rechtsoverweging 3.8 aan de door hem benoemde commissaris de opdracht om het tevens tot zijn taak te rekenen een definitieve oplossing van de tussen partijen bestaande geschillen te beproeven, een oplossing die volgens de Ondernemingskamer meest waarschijnlijk gezocht moest worden in verkoop en overdracht door A. Beheer (Jan) en C. Beheer (Jacob) van de door hen gehouden aandelen in het kapitaal van de vennootschap.

Het is om meerdere redenen interessant om bij deze suggestie van de Ondernemingskamer aan te haken. Geabstraheerd wordt in het navolgende van en gevarieerd op de *Zwagerman*-casus door A. Beheer een paar jaar krachtens managementovereenkomst als bestuurder voor ‘Lipsum’ werkzaam te laten zijn. Op de suggestie van de Ondernemingskamer wordt hierna nog teruggekomen.

A. Beheer zegt op enig moment de managementovereenkomst op met inachtneming van de contractuele opzegtermijn. Als er een einde is gekomen aan het bestuurderschap van A., willen B. Beheer en D. Beheer, houders van 88,78 % van de aandelen in ‘Lipsum’, dat A. Beheer haar 5,61% belang aan B. Beheer en D. Beheer overdraagt. A. Beheer weigert. In de statuten van ‘Lipsum’ ontbreekt een bepaling die een aandeelhouder/tevens bestuurder van ‘Lipsum’ verplicht om na beëindiging van zijn bestuurderschap zijn aandelen aan de overige aandeelhouders aan te bieden.

B. Beheer en D. Beheer doen in kort geding beroep op de wettelijke geschillenregeling en op artikel 2:8 BW. De Voorzieningenrechter wijst de vorderingen af.

¹¹⁸¹ V.zr. Rb Arnhem 19 september 2007, JOR 2007, 266 (*Sabelspoort Holding en Hermes Beheer/Laudij Beheer*).

Het beroep van B. Beheer en D. Beheer op de waarderingsregeling in de statutaire blokkeringsregeling van 'Lipsum' staat haar – vanzelfsprekend want van toepassing in een andere situatie – niet vrij. Ook het beroep op de wettelijke geschillenregeling gaat niet op. Volgens de voorzieningenrechter is:

'blijkens de wetsgeschiedenis en de bestaande jurisprudentie een gedwongen overdracht van aandelen/uitstoting van een aandeelhouder een verstrekkende maatregel die alleen in zeer bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd is, bijvoorbeeld wanneer door de (min of meer voortdurende) gedragingen van een aandeelhouder in zijn hoedanigheid van aandeelhouder het functioneren en het voortbestaan van de vennootschap in gevaar wordt gebracht, de werkgelegenheid van werknemers dreigt weg te vallen of een impasse moet worden doorbroken. Geen van deze omstandigheden doet zich naar het oordeel van de voorzieningenrechter ten deze voor. De (enkele) opzegging van de managementovereenkomst door A. Beheer, hoe hard en onverwacht deze bij de overige aandeelhouders/bestuurders van 'Lipsum'. (kennelijk) ook is aangekomen, is daarvoor onvoldoende, temeer nu die opzegging met inachtneming van de geldende opzegtermijn is geschied. Evenmin kunnen het (enkel) in bezit hebben/houden van 5,61% van de aandelen van 'Lipsum' door A. Beheer en haar weigering tot nu toe om die aandelen vrijwillig tegen de door B. Beheer en D. Beheer gewenste prijs aan de overige aandeelhouders van Lipsum B.V. over te dragen, als handelingen/gedragingen worden aangemerkt die het belang van de vennootschap schaden in de zin van meergenoemd wetsartikel en kunnen dus (ook) niet als grondslag dienen voor een gedwongen aandelenoverdracht op de voet van genoemde bepaling.'

Ook het beroep van B. Beheer en D. Beheer op artikel 2:8 BW wordt verworpen. Volgens de voorzieningenrechter kan, omdat voor het onderhavige geval een specifieke bepaling in de wet is opgenomen, slechts in uitzonderlijke omstandigheden een beroep op artikel 2:8 BW worden gedaan.¹¹⁸² Die omstandigheden zijn naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter:

'hier niet aanwezig. Anders dan B. Beheer en D. Beheer menen valt bijvoorbeeld niet in te zien waarom B. Beheer en D. Beheer geen nieuwe partners zouden kunnen aantrekken zolang A. Beheer haar aandelen in Lipsum B.V. vasthoudt; zij kunnen immers nieuwe aandelen uitgeven of een nieuwe bestuurder benoemen. Evenmin valt een zodanige omstandigheid af te leiden uit het (enkele) feit dat A. Beheer recht heeft op dividenduitkering zonder dat zij nog werkzaamheden voor Lipsum B.V. verricht, hetgeen vol-

¹¹⁸² Er zijn meer uitspraken die laten zien dat overdracht van aandelen in kort geding in bijzondere omstandigheden mogelijk is, zie nt. Bulten bij Hof Den Haag 31 januari 2006, JOR 2006, 175 (*Konsensus B.V.*) en de daar aangehaalde jurisprudentie.

gens B. Beheer en D. Beheer demotiverend werkt voor de overige aandeelhouders/bestuurders van 'Lipsum' Dat recht volgt nu eenmaal uit het aandeelhouderschap en staat los van het feit dat A. Beheer haar werkzaamheden voor Lipsum B.V. heeft beëindigd.'

De uitspraak is hiermee een voorbeeld van een redenering volgens de institutionele benadering. Het besloten karakter van de onderlinge rechtsverhouding werd door de Voorzieningenrechter althans niet doorslaggevend geacht. Het had anders kunnen lopen als B. Beheer en D. Beheer de door hen in die verhouding gestelde bedoelingen voldoende hadden kunnen aantonen. De Voorzieningenrechter kon daardoor wellicht moeilijk ook anders.

De uitspraak loopt voor B. Beheer en D. Beheer anders dan zij hopen, omdat de interne deelrechtsorde van 'Lipsum', als bepaald door wet, statuten, reglement en contract, in positieve zin onvoldoende rekening hield met de bedoelingen of verwachtingen van B. Beheer en D. Beheer, of: van 'besloten ledenverhouding' zoals zij zich die voorstelden of deden voorstellen.

Anderzijds zou ook kunnen worden gesteld dat door de Voorzieningenrechter noch door eiser de aard van de lidmaatschaps- en ledenverhouding tussen A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer voldoende is geanalyseerd doordat is nagelaten ook de mogelijkheden 'onder langs' mee te nemen.

2.2.3 Uitzakken ('Cab Truck Trading/Sfida Logistica c.s.')¹¹⁸³

Waarom? In de praktijk – zo blijkt ook uit de jurisprudentie die in paragraaf 2.3.1 hierna nog wordt aangehaald – gebeurt het in dit soort gevallen vaak dat door partijen die in een positie vergelijkbaar met die van B. Beheer en D. Beheer verkeren, door de bestuurder/meerderheidsaandeelhouder gekozen wordt voor de inbreng van de onderneming in een dochtermaatschappij waarna de aandelen worden verkocht, niet toevallig aan een door de bestuurder/meerderheidsaandeelhouder gecontroleerde derde vennootschap, of voor de directe verkoop van de onderneming aan zo'n derde of zelfs voor ontbinding.¹¹⁸⁴ Dat is dan een transactie 'onder langs'.

¹¹⁸³ Hof Den Bosch 19 september 2006, JOR 2007, 1 (*Cab Truck Trading B.V./Sfida Logistica B.V. c.s.*).

¹¹⁸⁴ Zie HR 13 december 1991, NJ 1992, 279, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers AA 1993, 54 (*gebr. Van den Berg/Van den Berg en UVO-Lopik*), Rb. Den Haag 12 juli 2000 en 14 februari 2001, JOR 2001, 90 (*Van der Hout/Van Geest en Van Geest Beheer*), Hof Den Bosch 19 september 2006, JOR 2007, 1 (*Cab Truck Trading B.V./Sfida Logistica B.V. c.s.*) en Van der Sangen 2001.

Met het 88,78% pakket van B. Beheer en D. Beheer zou het realiseren van zo'n scenario niet al te moeilijk moeten zijn. Zelfs statutenwijziging of directe verkoop van de onderneming behoren tot de mogelijkheden.

Bijzonder en voorspelbaar is dat op dat moment A. Beheer er alles aan gelegen zal zijn te betogen dat de bijzondere besloten rechtsverhouding – die eerder door B. Beheer en D. Beheer in de kort geding procedure nadrukkelijk betwist werd (zie boven) – toch vooral in de weg moet staan aan acties die kennelijk – volgens A. Beheer – geen ander doel hebben dan om haar te schaden.

In het kader van de beheersing van het conflict zou analyse van deze voorspelbare gang van zaken wenselijk zijn geweest. Zowel vooraf – door de beide advocaten – als ter zitting – door de rechter. Het had de procedure en het schrijven van een vonnis kunnen voorkomen, maar vereist dan wel verdergaande analyse van lidmaatschaps- en ledenverhouding. Dat laat ook het arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch in de kwestie tussen Cab Truck Trading B.V. en Sfida Logistica B.V. c.s. zien. De oorspronkelijke namen zijn in de volgende casus cursief weergegeven. De tekst blijft dicht bij de uitgebreide beschrijvingen van de gang van zaken in de uitspraken zoals die gepubliceerd zijn, mede om duidelijk te maken dat de weg van de opzegging een veel aantrekkelijker en directer oplossing voor de problematiek zou zijn geweest – en het resultaat niet anders.

Noodzakelijk is dan wel bij analyse van aard en inhoud van de lidmaatschapsverhouding en wat daarin mogelijk is het geheel 'te doorzien', dus ook de mogelijkheden 'onder langs'.

'Lipsum' (*Limij I*) is in deze paragraaf een in 1975 opgerichte vennootschap met als doel de exploitatie van een binnenlands en buitenlands expeditie- en transportbedrijf. Een van de oprichters van 'Lipsum' was A. Beheer (*De Zwart/Cab Truck*).

Aanvankelijk was de verhouding tussen A. Beheer, B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer besloten.

Na ontstane fricties tussen 'Lipsum' en A. Beheer over de uitvoering van opdrachten door A. Beheer zijn aan A. Beheer met ingang van 1 april 1997 geen opdrachten meer verstrekt. Naast A. Beheer voerden ook enkele andere aandeelhouders (vrijwillig of ten gevolge van faillissement) geen opdrachten meer uit.

A. Beheer, B. Beheer en D. Beheer stellen later in de procedure dat aldus een scheiding ontstond tussen het belang van de onderneming van 'Lipsum' (investeringen teneinde opdrachten voor andere soorten transport binnen te halen en uit te besteden) en het belang van de aandeelhouders die hun aandelen *als be-*

legging hielden. Dat was dus een feitelijke scheiding zonder dat kennelijk daaraan een opzegging van de besloten verhouding ten grondslag lag.

In of omstreeks 1997 gaf de directie van 'Lipsum' (bestaande uit B. Beheer (*Sporck*) en D. Beheer (*Wiersma*) te kennen tot een management buy out te willen komen. De aandeelhouders van 'Lipsum' wensten hieraan slechts medewerking te verlenen indien de management buy out zou worden geëffectueerd door middel van overdracht van aandelen (en niet door een activa/passiva-transactie zoals door de directie van 'Lipsum' voorgestaan).

Ter voorbereiding van de aandelenoverdracht heeft de raad van commissarissen van 'Lipsum' (die – op de voorzitter na – geheel uit aandeelhouders bestond) vervolgens aan accountantskantoor I opdracht gegeven tot het uitbrengen van een rapport inzake de waarde en prijs van de aandelen in het kader van een management buy out. In dit rapport d.d. 29 april 1997 werd de waarde van de onderneming volgens een drietal methoden (de intrinsieke waarde, de rendementswaarde en de rentabiliteitswaarde) geschat tussen *f* 1,8 en *f* 2,2 miljoen.

Op 17 juli 1997 heeft accountantskantoor II, wederom op verzoek van dezelfde raad van commissarissen, een second opinion gegeven. Dit rapport concludeerde eerder tot een waarde van rond *f* 1,8 miljoen dan boven de *f* 2 miljoen.

Tijdens de vergadering van de raad van commissarissen van 'Lipsum' van 2 september 1997 is vervolgens onderhandeld over de prijs van de over te dragen aandelen, waarbij de prijs uiteindelijk is vastgesteld op een hoger bedrag dan op basis van de uitgebrachte rapporten.

Inmiddels hadden B. Beheer en D. Beheer de oprichting voorbereid van X. Beheer, welke vennootschap als enig aandeelhouder de aandelen in 'Lipsum' zou gaan houden, en de enig statutair bestuurder zou worden van 'Lipsum'. B. Beheer en D. Beheer werden de aandeelhouders en de bestuurders van X. Beheer.

In de algemene vergadering van aandeelhouders van 'Lipsum' van 22 oktober 1997 hebben de aandeelhouders, met uitzondering van A. Beheer en een drietal gefailleerde aandeelhouders, besloten hun aandelen over te dragen aan X. Beheer. A. Beheer had tevoren te kennen gegeven niet op de vergadering te zullen verschijnen. X. Beheer verwierf in totaal een belang van 83,3% in 'Lipsum'. De overige aandelen bleven bij A. Beheer (12,8%) en in de faillissementsboedels van drie andere minderheidsaandeelhouders.

De directie van 'Lipsum' voorzag vervolgens in verband met het niet verkrijgen van alle aandelen dat de beoogde management buy out slechts bereikt zou kunnen worden door alsnog een activa/passiva-transactie te realiseren. Ter voorbereiding daarvan is door de directie van 'Lipsum' aan accountantskantoor I nog

Hoofdstuk 3

een keer opdracht verleend voor het uitbrengen van een rapport ter zake de waarde van het bedrijf en de aandelen.

Blijkens de inleiding van het rapport d.d. 6 maart 1998 luidde de opdracht zijdens 'Lipsum': 'een voorstel te doen voor de waarde van de onderneming (inclusief alle activa en passiva) in de vennootschap ten behoeve van de verkoop van de onderneming aan een vennootschap waarvan de huidige meerderheidsaandeelhouders van 'Lipsum' (...) direct, dan wel indirect, alle aandelen bezitten. De waarde dient te worden bepaald alsof de verkoop zou plaats vinden aan een onafhankelijke geïnteresseerde derde.'

De accountant bepaalde daarop de reële prijs voor de onderneming van 'Lipsum' op f 2.798.000,=.

Op 9 april 1998 is door X. Beheer de nieuwe vennootschap 'Lipsum' II opgericht, met als statutair doel de exploitatie van een binnenlands en buitenlands expeditie- en transportbedrijf. X. Beheer was sinds de oprichting enig aandeelhouder en bestuurder van 'Lipsum' II. B. Beheer en D. Beheer waren volledig gevolmachtigde directeuren van 'Lipsum' II.

Op 28 april 1998 heeft de algemene vergadering van aandeelhouders van 'Lipsum' met gekwalificeerde meerderheid besloten de onderneming – dat wil zeggen alle activa en passiva, met uitzondering van twee claims van derden – van 'Lipsum' te verkopen aan 'Lipsum' II. A. Beheer heeft tegengestemd en de drie gefailleerde aandeelhouders brachten geen stem uit. X. Beheer heeft vervolgens in haar hoedanigheid van bestuurder van 'Lipsum' uitvoering gegeven aan het besluit en heeft op of omstreeks 24 juli 1998 de activa en passiva (minus gemelde twee claims) aan 'Lipsum' II overgedragen tegen een koopsom van f 2.798.000,=.

A. Beheer heeft vervolgens aan accountantskantoor III verzocht om een rapport over de waarde van de overgedragen activa en passiva op te stellen. Op 14 december 1998 bepaalde accountantskantoor III in een definitief rapport de waarde op f 7.064.000,=.

A. Beheer heeft vervolgens B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer in rechte betrokken. De vorderingen van A. Beheer worden hier opgenomen omdat vergelijkbare vorderingen in de volgende paragrafen nog terugkomen en besproken worden. A. Beheer heeft gevorderd:

- a. te vernietigen het aandeelhoudersbesluit van 'Lipsum' d.d. 28 april 1998 tot overdracht van de onderneming van 'Lipsum' aan 'Lipsum' II ingevolge art. 2:15 lid 1 sub b j° art. 2:8 BW;

b. te verklaren voor recht dat X. Beheer door vóór de overdracht te stemmen in strijd met de norm van art. 2:8 BW althans onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld;

c. te verklaren voor recht dat X. Beheer door als meerderheidsaandeelhouder vóór de overdracht te stemmen haar bevoegdheid ingevolge art. 3:13 lid 2 BW heeft misbruikt;

d. te verklaren voor recht dat X. Beheer door als bestuurder van ‘Lipsum’ uitvoering te geven aan het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders in strijd met de norm van art. 2:8 BW althans onrechtmatig jegens A. Beheer heeft gehandeld;

e. te verklaren voor recht dat ‘Lipsum’ door uitvoering te geven aan het besluit tot overdracht in strijd met de norm van art. 2:8 BW althans onrechtmatig jegens A. Beheer heeft gehandeld;

f. te verklaren voor recht dat ‘Lipsum’ II door welbewust mee te werken aan de onrechtmatige overdracht en zich deze te laten welgevalen, heeft gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt;

g. te verklaren voor recht dat B. Beheer onrechtmatig heeft gehandeld jegens A. Beheer, aangezien de onrechtmatige handelingen van X. Beheer, ‘Lipsum’ en/of ‘Lipsum’ II aan B. Beheer kunnen worden toegerekend;

h. te verklaren voor recht dat D. Beheer onrechtmatig heeft gehandeld jegens A. Beheer, aangezien de onrechtmatige handelingen van X. Beheer, ‘Lipsum’ en/of ‘Lipsum’ II aan D. Beheer kunnen worden toegerekend;

i. A. Beheer c.s. hoofdelijk te veroordelen tot vergoeding van de door A. Beheer geleden schade op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

j. A. Beheer c.s. hoofdelijk te veroordelen in de kosten van het geding.

A. Beheer heeft bij inleidende dagvaarding aan de vorderingen ten grondslag gelegd dat X. Beheer als meerderheidsaandeelhouder ten koste van de belangen en (minderheids)rechten van A. Beheer alle zeggenschapsrechten en (andere) juridische en economische rechten in de (voorheen) door ‘Lipsum’ gedreven onderneming heeft verworven.

X. Beheer diende daarmee volgens A. Beheer geen ander doel dan zich te ontdoen van een mede-aandeelhouder met wie zij eerder in gesprekken en onder-

Hoofdstuk 3

handelingen geen overeenstemming had kunnen bereiken over de door X. Beheer gewenste uitkoop van A. Beheer als enig overblijvende minderheidsaandeelhouder. De overeengekomen koopprijs deed volgens A. Beheer onvoldoende recht aan de waarde van de onderneming van 'Lipsum'. Een reële en objectieve waardering van de onderneming naar gangbare maatstaven bedroeg volgens A. Beheer tenminste f 3.500.000,=.

Op basis van deze vorderingen overwoog de Rechtbank in haar tussenvonnis van 23 november 2000 dat het in deze in de eerste plaats aankwam op de bepaling van de waarde van de door 'Lipsum' en 'Lipsum' II overgedragen activa en passiva, en gelastte daartoe een deskundigenonderzoek.

Bij eindvonnis heeft de Rechtbank vervolgens geoordeeld dat de door de deskundigen genoemde waarde van f 5.218.000,= slechts één van de factoren was die een rol spelen bij de vraag of het besluit van de algemene vergadering in strijd is met de redelijkheid en billijkheid als in art. 2:8 BW bedoeld. De Rechtbank constateerde dat de belangen van enerzijds de onderneming (bij investeringen) en anderzijds de aandeelhouders (bij dividenduitkeringen) uiteen zijn gaan lopen en dat voorts meespeelde dat A. Beheer de aandelen puur als belegging hield.

De Rechtbank heeft vervolgens geoordeeld dat de aandeelhoudersvergadering bij het nemen van het bestreden besluit tegenstrijdige belangen – het ondernemingsbelang versus het beleggersbelang – heeft moeten afwegen, welke afweging in het nadeel van A. Beheer is uitgevallen, maar dat de vergadering bij haar besluit tot verkoop van de activa/passiva van 'Lipsum' aan 'Lipsum' II niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld, zodat A. Beheer c.s. evenmin onrechtmatig tegenover A. Beheer hebben gehandeld. De vorderingen van A. Beheer in conventie zijn door de Rechtbank vervolgens afgewezen.

A. Beheer is vervolgens bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in beroep gegaan tegen de afwijzing van haar vordering door de Rechtbank. A. Beheer c.s. hebben bij incidenteel appel hetzelfde gedaan.

Het Hof is eerst ingegaan op de incidentele grieven waarmee A. Beheer c.s., aan de orde wenste te stellen dat de Rechtbank ten onrechte was overgegaan tot het doen bepalen van de waarde van de overgedragen activa en passiva per datum van het litigieuze besluit d.d. 28 april 1998 door deskundigen, zonder de prealabele vraag te beantwoorden of dit besluit van de algemene vergadering al dan niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid was.

A. Beheer c.s. stelden in de toelichting op de grieven dat de vraag of het betreffende besluit al dan niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid was, diende te worden beantwoord door (1) marginaal vast te stellen in hoeverre X. Beheer als

meerderheidsaandeelhouder – die het belang van de onderneming nastreefde – rekening diende te houden met het beleggersbelang van A. Beheer als (kleine) minderheidsaandeelhouder¹¹⁸⁵ en tevens te bezien (2) in hoeverre X. Beheer, als leek, mocht afgaan op het advies inzake de waardebepaling die haar door accountants I als erkend, en onafhankelijk accountantskantoor werd verstrekt.

Het Gerechtshof heeft vervolgens het standpunt van A. Beheer c.s. onderschreven dat de toetsing van het besluit van de algemene vergadering van 28 april 1998 tot overdracht van de activa en passiva van ‘Lipsum’ slechts marginaal diende te geschieden, in die zin dat diende te worden beoordeeld of de algemene vergadering van ‘Lipsum’ het besluit tot verkoop in redelijkheid heeft kunnen nemen. Aan de algemene vergadering van een vennootschap komt volgens het Hof daarbij een zekere beleidsvrijheid toe; de enkele omstandigheid dat door een besluit mogelijk schade wordt toegebracht aan een minderheidsaandeelhouder doet een besluit op zichzelf niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn.¹¹⁸⁶ Dit is niet anders volgens het Hof indien – zoals in casu – de meerderheid van de aandelen wordt gehouden door een vennootschap die indirect (via beheersvennootschappen) het eigendom was van de directieleden van de vennootschap waarin het betreffende besluit wordt genomen.

Het Gerechtshof stelde vervolgens vast dat door A. Beheer niet, althans onvoldoende gemotiveerd is betwist dat medio jaren ’90 de belangen van ‘Lipsum’ als grootaandeelhouder en van de minderheidsaandeelhouder(s) uiteen liepen, gezien de marktontwikkeling in de transportwereld, die verlangde dat het vervoeraanbod werd verbreed hetgeen investeringen noodzakelijk maakte. Evenmin heeft A. Beheer volgens het Hof voldoende gemotiveerd weersproken dat de voorgenomen management buy out was ingegeven door het belang van de continuïteit van de onderneming als gevoerd in ‘Lipsum’. Doordat de aandeelhouders van ‘Lipsum’ de management buy out slechts wensten te effectueren door middel van overdracht van de aandelen, is door de directie van ‘Lipsum’ aanvankelijk een aandelenoverdracht voorbereid, en is door de algemene vergadering van aandeelhouders van ‘Lipsum’ op 22 oktober 1997 tot verkoop van de aandelen besloten, tegen een prijs waarover voordien was onderhandeld. A. Beheer was als enige actieve aandeelhouder toen niet bereid haar aandelen voor de vastgestelde prijs te verkopen.

Nadien heeft nog overleg met A. Beheer plaatsgevonden, waarbij deze vasthield aan een hogere prijs voor de aandelen in ‘Lipsum’.

¹¹⁸⁵ OK 28 oktober 2009, ARO 2009, 160 (*DWS Holding*).

¹¹⁸⁶ Vgl. over beleidsvrijheid OK 19 december 2005, ARO 2006, 5 (*Lambers Beheer*), OK 24 mei 2007, ARO 2007, 83 (*KBK Beheer*), OK 16 juli 2010, ARO 2010, 112 (*Boon*).

A. Beheer c.s. hebben zich in de procedure erop beroepen dat, aangezien X. Beheer tengevolge van de aandelentransactie slechts over 83,3% van de aandelen in 'Lipsum' was komen te beschikken, er alsnog een activa/passiva-transactie diende plaats te vinden om de management buy out te effectueren, omdat op geen andere wijze zou kunnen worden bereikt dat X. Beheer minimaal 99% van de aandelen zou kunnen bezitten, hetgeen vereist was voor het bereiken van een fiscale eenheid.

A. Beheer c.s. hebben benadrukt dat het bereiken van een fiscale eenheid in casu voorwaarde was om de aandelentransactie te kunnen financieren. A. Beheer c.s. stellen dat het besluit van de algemene vergadering van 28 april 1998 in dat licht moet worden gezien en om die reden niet als onredelijk en onbillijk kan worden beschouwd.

A. Beheer betwist vervolgens dat de activa/passiva-transactie slechts het belang van de onderneming diende. De directie (X. Beheer) wenste alle aandelen te verwerven om zodoende een fiscale eenheid te kunnen vormen, hetgeen in het belang van X. Beheer was, maar niets met het belang van de onderneming van 'Lipsum' van doen had, aldus A. Beheer. A. Beheer stelt dat het uiteindelijke doel van het besluit van de algemene vergadering van 'Lipsum' van 28 april 1998, en de op basis daarvan gerealiseerde overdracht, was zich te ontdoen van A. Beheer als minderheidsaandeelhouder van 'Lipsum'. Door de onderneming van 'Lipsum' over te dragen aan 'Lipsum' II, waarin C. Beheer en B. Beheer, althans X. Beheer (waarvan C. Beheer en B. Beheer de aandeelhouder en bestuurders waren) de volledige zeggenschap hadden, heeft X. Beheer, met omzeilen van de wettelijke regelingen in Boek 2 BW inzake de uitkoop c.q. de uitstoting van aandeelhouders, A. Beheer buiten spel gezet. X. Beheer heeft aldus haar bevoegdheden als grootaandeelhouder en bestuurder misbruikt en gehandeld in strijd met de redelijkheid en billijkheid die zij jegens A. Beheer als (minderheids)aandeelhouder in acht had te nemen.

Het Hof merkt allereerst op dat voor zover A. Beheer stelt dat sprake is van een omzeilen van de uitkoopregeling en de geschillenregeling, dit standpunt niet wordt gevolgd. Nog daargelaten dat in casu niet van het voor uitverkoop vereiste bezit van 95% van de aandelen sprake was, blijkt volgens het Hof uit de wetsgeschiedenis dat de uitkoopregeling (art. 2:201a BW) bedoeld is om het belang van een meerderheidsaandeelhouder te dienen, en kan aan die meerderheidsaandeelhouder geen omzeiling van de regeling worden verweten indien hij van die rechtsfiguur geen gebruik maakt.

Een zelfde ratio dient te worden toegekend aan de mogelijkheid van 'uitstoting' van een aandeelhouder als voorzien in de wettelijke geschillenregeling (art. 2:336 BW), zodat ook ter zake van het niet benutten van deze rechtsfiguur (indien in casu al van toepassing) aan X. Beheer geen verwijt kan worden gemaakt.

Voor zover A. Beheer zich voorts op het standpunt heeft gesteld dat de overdracht van de onderneming aan ‘Lipsum’ II naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid reeds onaanvaardbaar was omdat A. Beheer als aandeelhouder achterbleef in een vennootschap met als actief nog slechts de ontvangen koopprijs en als passief twee achtergebleven claims van derden, overweegt het Hof dat dit enkele feit niet meebrengt dat in zoverre aan A. Beheer als aandeelhouder rechten zouden zijn ontnomen, zoals door A. Beheer gesteld.

Het Hof is tot zover van oordeel dat niet is gebleken dat door X. Beheer als meerderheidsaandeelhouder onvoldoende rekening is gehouden met het belang van A. Beheer en dat de overdracht van de onderneming op zichzelf niet strijdig is met de in art. 2:8 BW ten opzichte van A. Beheer als minderheidsaandeelhouder bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Daarna is het Hof nog nagegaan in hoeverre dit oordeel anders uitvalt, in aanmerking genomen de (hoogte van de) koopprijs waarvoor de onderneming door ‘Lipsum’ aan ‘Lipsum’ II is overgedragen.

Tussenconclusie

Wat blijkt is dat er ‘institutioneel redenerend’ kennelijk weinig ruimte bestaat voor de argumentatie van A. Beheer omdat het tot de bevoegdheden van bestuur en aandeelhoudersvergadering (88,78% meerderheid) behoort om dit soort besluiten te nemen – hierop wordt in de volgende paragraaf teruggekomen. Voorwaarde is dat de verkoop van de onderneming aan de derde plaats vindt tegen een door een objectieve deskundige bepaalde redelijke prijs conform de waarde in het economisch verkeer.¹¹⁸⁷ Institutioneel gezien is A. Beheer dan op een zijspoor gesteld. Dit sluit naadloos aan op de *Baremans/Muijs*-benadering.

Maar is het ook de weg: moet echt deze omslachtige route worden gevolgd om A. Beheer ‘er uit’ te krijgen? Wordt in de institutionele benadering en kennelijk ook in de opzet van de wettelijke geschillenregeling – zie de uitleg van de Voorzieningenrechter – niet te krampachtig omgegaan met de belangen van personen die in de positie van A. Beheer verkeren? Zou ook de vraag van de rechter aan B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer in de *Cab Truck Trading/Sfida Logistica* niet eerder hebben moeten zijn: ‘waarom heeft u de aanvankelijk besloten rechtsverhouding met A. Beheer destijds niet opgezegd? Bestond daar niet aanleiding toe?’

¹¹⁸⁷ Zie ook artikel 2:195 lid 6 BW en artikel (...) voor de flex-B.V. Vgl. HR 21 januari 2005, JOR 2005, 126 (*Hoffmann*) en Hof Den Bosch 19 september 2006, JOR 2007, 1 (*Cab Truck Trading B.V./Sfida Logistica B.V. c.s.*).

Hoofdstuk 3

De casus begint met de constatering dat na ontstane fricties tussen ‘Lipsum’ en A. Beheer over de uitvoering van opdrachten door A. Beheer aan A. Beheer met ingang van 1 april 1997 geen opdrachten meer zijn verstrekt. Naast A. Beheer voerden ook enkele andere aandeelhouders (vrijwillig of ten gevolge van faillissement) geen opdrachten meer uit. Kennelijk zijn de oorspronkelijke uitgangspunten van de besloten ledenverhouding daarmee verlaten. Dat had tot gepaste reactie aanleiding kunnen en gelet op alle gemaakte kosten nadien, wellicht ook moeten geven.

Net als in de *GRMIC*-zaak had analyse vooraf het voorspelbare vervolg kunnen laten zien. Daar ligt dan ook praktisch en dogmatisch gezien *in die gevallen* ruimte voor verdere ontwikkeling van de mogelijkheden van opzegging in besloten ledenverhoudingen.

2.2.4 ‘Boven over/onder langs’

Institutioneel geredeneerd zou in een situatie waarin opzegging tussen aandeelhouders niet tot de mogelijkheden behoort, het bezit van één enkel aandeel, namelijk het aandeel dat het verschil maakt tussen een perfecte impasse (50/50) en een meerderheid/minderheid situatie (bijvoorbeeld 49%/51% – andere verhoudingen zijn natuurlijk ook mogelijk) betekenen dat de door het Hof gehanteerde redenering door de meerderheidsaandeelhouder kan worden gevolgd, zonder dat de restrictieve eisen van de wettelijke uitstotingsregeling behoeven te worden gevolgd.

Het bezit van één aandeel kan dan legitimeren dat de andere aandeelhouder via de beschreven ‘uitzak- en verkoopoperatie’ op de in de vorige paragraaf beschreven wijze kan worden ‘kalt gestelt’. In een 50/50 situatie zou de aandeelhouder dan met lege handen staan.

Het is zowel voor de praktijk als dogmatisch beschouwd – mede in aanmerking genomen de vijf uitgangspunten van dit boek – onbevredigend als de benaderingen ‘boven over’ en ‘onder langs’ niet van meer inhoud en fundament en dus van meer analogie (of niet) zouden kunnen worden voorzien.

De voor de hand liggende oplossing ligt daarin besloten dat B. Beheer en D. Beheer – nadat A. Beheer de managementovereenkomst opzegt – de besloten ledenverhouding met A. Beheer opzeggen – in aanmerking genomen diens minderheidspositie – met als rechtsgevolg dat wat een besloten ledenverhouding was ‘open’ wordt. Eigenlijk is dat dan niet meer dan een bevestiging van wat door de opzegging van de managementovereenkomst toch al vast staat – zie hoofdstuk 1, paragraaf 4.2, de bespreking van de casus *De Haas/Ruitenbergh*. Daardoor hoeven B. Beheer en D. Beheer alleen nog maar rekening te houden met de positie van A. Beheer als belegger. Het is ook precies waar A. Beheer B.

Beheer en D. Beheer op had kunnen wijzen. Uitgaande van de aldus bevestigde beleggingspositie van A. Beheer is het veel voor de hand liggender dat A. Beheer kan worden uitgekocht.

Let wel: het betekent nog niet dat A. Beheer zich ook *moet* laten uitkopen – dit is wat boven bedoeld werd met de gedachte dat opzegging niet de functie van de uitstoting overneemt. Het betekent wel dat er gemotiveerde belangen kunnen bestaan aan de zijde van B. Beheer en D. Beheer – zoals zich in de casus *Cab Truck Trading/Sfida Logistica* ook voordeden – in combinatie met het aanbieden van een objectief bepaalde prijs die het belang van A. Beheer om zich blijvend te verzetten kunnen ecarteren. Dat is de *Baremans/Muijs*-benadering.

Het spel kan genuanceerd gespeeld moeten worden. Het moet genuanceerd gespeeld worden.

Voordat de uitzak- en verkoopoperatie in de *GRMIC*-zaak wordt doorgezet zou adequate reactie op de opzegging van de managementovereenkomst door A. Beheer inhouden dat B. Beheer en D. Beheer een uiteenzetting geven van de daardoor hernieuwde uitgangspunten van de oorspronkelijk besloten samenwerking, een opzegging van die samenwerking en een motivering daarvan mede in aanmerking genomen de mogelijkheden die zij ‘onder langs’ hebben. Dat ligt niet op een ander vlak dan enige andere adequate bestuurs- en aandeelhoudersreactie op wat voor gebeurtenis dan ook. Die opzegging zou vergezeld moeten gaan van een aanbod tot overname van de door A. Beheer in ‘Lipsum’ gehouden aandelen tegen een door een objectieve deskundige te bepalen prijs conform de waarde in het economisch verkeer.¹¹⁸⁸ Het geeft anderzijds A. Beheer gelegenheid om een andere gegadigde te vinden en B. Beheer en D. Beheer de mogelijkheid dan te overbieden. Wellicht dat B. Beheer en D. Beheer daar dan zelfs toe gehouden zijn.

Het betekent dat de discussie komt te liggen waar die moet liggen: op de prijs en op het reële karakter ervan. Maar ook op een afweging van de overigens betrokken belangen, zoals ook het tijdsbestek waarin een en ander moet plaatsvinden.

Het voorgaande geeft een breder referentiekader aan de betekenis van opzegging, maar nog niet het gehele.

¹¹⁸⁸ Vgl. Hof Den Bosch 19 september 2006, JOR 2007, 1 (*Cab Truck Trading B.V./Sfida Logistica B.V. c.s.*).

2.2.5 Beleggingsfunctie

Gesteld nu, in een iets van de in hoofdstuk 1, paragraaf 4.2 geschetste casus *De Haas/Ruitenbergh* afwijkende situatie dat bestuurder B. Beheer niet wordt ontslagen, maar dat B. komt te overlijden, onder curatele gesteld wordt of ernstig arbeidsongeschikt raakt. Een situatie dus van belet of ontstentenis. De casus gaat er vanuit dat B. Beheer en D. Beheer net als in *De Haas/Ruitenbergh* enige aandeelhouders zijn. Gesteld – wederom – dat er twee kampen ontstaan en dat D. Beheer van B. Beheer als bestuurder van ‘Lipsum’ afwil omdat A. die op grond van een geldige titel, bijvoorbeeld als erfgenaam of bewindvoerder, voor B. in de plaats treedt of waarneemt door D. niet geaccepteerd wordt als bestuurder van ‘Lipsum’.

In de managementovereenkomst met B. Beheer staat wel vermeld dat B. de werkzaamheden in ‘Lipsum’ ten behoeve van B. Beheer persoonlijk moet verrichten, wat als standaard bepaling vaker voorkomt. B. is daartoe om de geschetste redenen niet in staat. Aan de verplichting kan B. Beheer daardoor niet meer voldoen, hetgeen tot gevolg heeft dat D. Beheer voor Lipsum B.V. de managementovereenkomst met B. Beheer namens ‘Lipsum’ ontbindt, zich op het standpunt stellend dat B. Beheer geen bestuurder meer is van ‘Lipsum’ en dus de management vergoeding wordt stopgezet. In alle correspondentie benadert D. Beheer B. Beheer vervolgens consequent ‘als aandeelhouder’, ondanks verzoek van A. voor B. Beheer om B. Beheer toch vooral als bestuurder te benaderen. Op verzoeken tot gestructureerd bestuursoverleg van A. voor B. Beheer wordt door D. Beheer niet ingegaan.

In het handelsregister gehouden door de Kamer van Koophandel staat B. Beheer nog steeds als statutair bestuurder ingeschreven. De bestuurders zijn slechts gezamenlijk handelend tot vertegenwoordiging van Lipsum B.V. bevoegd.

B. Beheer, ‘vertegenwoordigd’ door A., en D. Beheer komen niet tot overeenstemming over een overname door D. Beheer van de door B. Beheer in ‘Lipsum’ gehouden aandelen. Vraag- en biedprijs liggen ver uit elkaar en D. Beheer stelt meer dan dat hij biedt, niet te kunnen financieren.

Een aantal kanttekeningen is te plaatsen bij de opstelling van D. Beheer.

Allereerst geldt dat verhindering van toegang tot het bestuur op zichzelf aanleiding kan zijn voor gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen.¹¹⁸⁹ De vraag rijst voorts of D. Beheer namens de vennootschap wel bevoegd is eenzijdig en zonder bestuurs- of aandeelhoudersoverleg de managementovereenkomst te ontbinden. Vraag is ook of een redelijke uitleg volgens het *Haviltex*-criterium

¹¹⁸⁹ OK 21 juni 2007, ARO 2007, 101 (*Hadenta*).

van de bepaling in de managementovereenkomst die verplichtte tot persoonlijke inzet wel voor de situatie van belet of ontstentenis geschreven was en of niet het overlijden als onvoorziene omstandigheid tot tenminste overleg over de ontstane situatie aanleiding had dienen te geven.

Alles bij elkaar voldoende redenen aan te nemen dat een enquête naar het beleid en de gang van zaken op zijn plaats zou zijn, hetgeen nog versterkt wordt als daarbij ook sprake zou zijn van een beperking van dividend uitkering¹¹⁹⁰ aan B. Beheer, de eenzijdig toekenning van een bonus aan D. Beheer,¹¹⁹¹ het niet betalen van een managementvergoeding,¹¹⁹² het doen veroorzaken van het ontbreken van vertrouwen met als gevolg de verstoring van verhoudingen, etc.

Sprake is dan van miskenning van de aan de zijde van A. betrokken belangen. A. kan het tekort aan ervaring en capaciteiten wel goed maken door de noodzakelijke deskundigheid ‘in te vliegen’. Wat duidelijk lijkt, is dat door dat invliegen, waarschijnlijk zelfs al door het belet of de ontstentenis van B., aan het besloten karakter van de verhouding tussen de respectieve zeggenschapshouders in B. Beheer en D. Beheer een einde komt, of althans dat herziening van de aanvankelijke uitgangspunten aan de orde is. Het is in elk geval een ‘kantelmoment.’

Duidelijk is ook dat indien B. Beheer haar bestuurspositie in ‘Lipsum’ zonder verdere voorzieningen prijsgeeft, dat naar redelijke verwachting een drukkend effect op de te realiseren prijs bij verkoop aan derden, die dan in de 50/50 verhouding instappen zonder controlemogelijkheid via het bestuur.

¹¹⁹⁰ HR 9 juli 1990, NJ 1991, 51 (*Sluis B.V.*), OK 13 juli 2007, ARO 2007, 121 (*Villa Happ International*) OK 29 juni 2010, ARO 2010, 104 (*Poststate*).

¹¹⁹¹ OK 23 januari 2004, ARO 2004, 20 (*Trial*), OK 19 juli 2005, ARO 2005, 118 (*Bouw-buro*), OK 29 juli 2005, ARO 2005, 144 (*Great!Company*), OK 29 juli 2005, ARO 2005, 146 (*Maroeska Metz*), OK 6 januari 2006, ARO 2006, 13 (*Mondoor Beheer*), OK 16 februari 2006, ARO 2006, 47 (*Trial*), OK 24 februari 2006, ARO 2006, 58 (*CDG*), OK 26 juli 2006, ARO 2006, 144 (*Areto*), OK 31 oktober 2006, ARO 2006, 172 (*Hartevelt Holding*), OK 16 juli 2007, ARO 2007, 122 (*Technoton*), OK 4 maart 2008, ARO 2008, 51 (*ICTrack*), 19 mei 2008, ARO 2008, 104 (*Elephas*), OK 28 augustus 2008, ARO 2008, 138 (*Heem Estate*), OK 7 november 2008, ARO 2008, 170 (*Principal*), OK 26 januari 2009, ARO 2009, 19 (*Fun Food*), OK 2 februari 2009, ARO 2009, 32 (*STAK Bloem*), OK 27 maart 2009, ARO 2009, 58 (*Pine Digital*), OK 9 juli 2009, ARO 2009, 119 (*Bergmont*), OK 9 november 2009, ARO 2009, 167 (*iBiz*), OK 30 oktober 2009, ARO 2009, 172 (*Elephas*), OK 19 november 2009, ARO 2009, 180 (*FazandtGroep*), OK 11 januari 2010, ARO 2010, 18 (*PR Aviation*), OK 3 mei 2010, ARO 2010, 82 (*Mulix*), OK 20 mei 2010, ARO 2010, 88 (*UPA*), OK 1 juli 2010, ARO 2010, 106 (*Euroll*), OK 17 augustus 2010, ARO 2010, 128 (*V&H*), OK 23 augustus 2010, ARO 2010, 130 (*Plano*), OK 16 november 2010, ARO 2010, 170 (*2Link*), OK 1 april 2011, ARO 2011, 64 (*SenseMakers*), OK 21 juni 2011, ARO 2011, 104 (*Markerink*).

¹¹⁹² OK 13 april 2004, ARO 2004, 54 (*Cebepe*).

Dan de alternatieve benadering die D. had kunnen kiezen met oog voor de betrokken inkomens, beleggings- en andere belangen aan de zijde van A.

Het belet of de ontstenties van B. zouden mits ernstig genoeg, beschouwd kunnen worden als het komen te vervallen of althans substantieel wijzigen van de onderlinge ledenverhouding. Een opzegging kan dan de functie hebben van bevestiging van die wijziging. De dientengevolge ‘kanteling’ in de onderlinge verhouding zou gezien kunnen worden als een gelegenheid voor D. Beheer om het belang van B. Beheer in ‘Lipsum’ over te nemen en als opvolgende gelegenheid voor B. Beheer – als het van overeenstemming met D. Beheer niet komt – het belang in ‘Lipsum’ te vervreemden, of voor A. om haar belang in B. Beheer aan derden te verkopen.

Houdt die kanteling ook in dat B. Beheer *gehouden is* op verzoek van D. Beheer haar aandelen in ‘Lipsum’ aan D. Beheer aan te bieden en te verkopen? Het antwoord zou negatief kunnen zijn als D. Beheer in de geschetste jarenlange verhouding met ‘Lipsum’ en B. Beheer door de gang van zaken op geen enkele wijze in het kunnen uitoefenen van zegenschapsrechten werd beknot. Het antwoord zou negatief kunnen zijn als de nadruk ligt op het ‘onteigeningskarakter’ van een verplichting daartoe.

Zou het komen van een positieve beantwoording dan concentreert de kwestie zich volledig op de reële prijs die D. Beheer bereid zou moeten zijn te betalen. Het wordt dan een casus vergelijkbaar met *De Haas/Ruitenberg* waarin het maar de vraag is hoe lang D. Beheer bereid en in staat is zich 200% voor het bedrijf in te blijven zetten, terwijl de jaarlijkse dividend uitkering voor 50% naar B. Beheer gaat, D. Beheer de betrokken belangen zorgvuldig gescheiden moeten worden gehouden en D. Beheer daarover transparantie moet betrachten. Pragmatisch beschouwd en gelet op de enorme reeks aan uitspraken precies in dit soort verhoudingen – waarin dan van het gescheiden houden van belangen en van openheid onvoldoende sprake is – is het het beste als D. Beheer de aandelen van B. Beheer in Lipsum B.V. tegen betaling van een reële prijs overneemt. De Ondernemingskamer suggereert dat soms ook.

Een rechter kan hier verder niet veel mee. Een bemiddelaar des te meer, ook om de creatieve mogelijkheden die er voor ‘oplossing’ in zo’n situatie zijn niet door de tegenstellingen tussen partijen uitmondend in het bekende wantrouwen achter de horizon te laten verdwijnen. Het is een situatie die zich leent voor scheidingsmelding en opvolgende overlegscheiding waarin het voorkomen van te scherpe tegenstellingen tussen betrokkenen kan bijdragen aan (financieel) creatieve oplossingen. Tot een bijdrage aan het vinden van die oplossingen zijn partijen vanuit de uitgangspunten van de oorspronkelijk besloten ledenverhouding gehouden.

Voorbeelden zijn er genoeg van situaties waarin dat mis gaat. De volgende casus is een voorbeeld van een transactie ‘onderlangs’.

2.3 *Casus 3: ‘opzeggen’ door opnieuw te beginnen*

2.3.1 *Casus ‘Client First Beheer’*

De casus is ontleend aan de beschikking van de Ondernemingskamer van 22 september 2011, ARO 2011, 145 (*Client First Beheer*).

B. drijft met B. Beheer een advieskantoor en haalt begin jaren negentig D. als werkneemster binnen. Wegens meer dan uitstekende inzet en resultaten van D. en om zich van haar loyaliteit te verzekeren richt D. in 1995 Lipsum B.V. op en brengt daarin de onderneming van B. Beheer in. B. Beheer gaat 2/3 van de aandelen in ‘Lipsum’ houden en D. Beheer 1/3. Via een managementovereenkomst tussen ‘Lipsum’ en D. Beheer voert D. samen met B. het bestuur van de vennootschap.

Na een jaar of vijf valt het oog van een grote adviesorganisatie op het uitstekend draaiende ‘Lipsum’. Er worden besprekingen gevoerd en de aandelen in ‘Lipsum’ worden door de adviesorganisatie overgenomen. De transactie wordt in tranches uitgevoerd, maar ergens halverwege zakt de markt in elkaar en wenst de adviesorganisatie na een bestuurswisseling aan de transactie geen uitvoering meer te geven. Opnieuw worden onderhandelingen gevoerd en als gevolg daarvan wordt de koop ongedaan gemaakt. Wel komt daardoor met een zekere marge vast te staan wat de waarde van het bedrijf in het economisch verkeer is.

In 2002 wordt D. ziek en na het overlijden van een familielid komt ze langdurig overspannen thuis te zitten. B. staat er alleen voor, waarvan hij na ruim een jaar, zo blijkt uit expliciete bewoordingen in de notulen van aandeelhoudersvergaderingen, schoon genoeg krijgt. Hij heeft ‘geen trek zich langer suf te werken, terwijl zij een derde van het dividend opstrijkt’ (dat staat letterlijk zo in notulen). Tot tweemaal toe worden vervolgens onderhandelingen gevoerd over een overname door B. Beheer van de door D. Beheer gehouden aandelen, maar twee keer leidt dat tot een volgens D. te laag bedrag.

Dan ontdekt D. via haar accountant – die op de aandeelhoudersvergadering als gevolmachtigde aanwezig is geweest waar de accountant van de vennootschap zijn mond voorbij praat – dat door B. Beheer een nieuwe vennootschap, X. B.V. is opgericht, waarin de onderneming van ‘Lipsum’ is ondergebracht.¹¹⁹³ Zulks

¹¹⁹³ Zie voor vergelijkbare transacties OK 2 juli 2002, ARO 2002, 94 (*Sytec*), OK 29 augustus 2002, ARO 2002, 151 (*Case Packing Sales Europe*), OK 6 februari 2003, ARO

blijkt ook uit de nieuwe website van X. B.V. die nagenoeg gelijk is aan de website van het oude bedrijf en waaruit blijkt dat sprake is van concurrerende activiteiten.¹¹⁹⁴

D. Beheer ontvangt vervolgens een oproepingsbrief van B. Beheer met als agendapunt de ontbinding van ‘Lipsum’.

D. vraagt zich af hoe tegen de ontstane situatie op te komen, schade te voorkomen en geleden of nog te lijden schade te verhalen.

Allereerst is vraag wie een actie kan instellen, D. persoonlijk of D. Beheer. Hierna wordt eerst – de meer voor de hand liggende variant – uitgegaan van een actie in te stellen door D. Beheer, en daarna door D. persoonlijk. ‘Meer voor de hand liggend’ omdat eerste constatering hier zou moeten zijn dat het de vennootschappelijke besluitvorming in ‘Lipsum’ is die te wensen overlaat. En dat het dus in eerste instantie D. Beheer in haar hoedanigheid van minderheidsaandeelhouder (dus als lid van de rechtspersoon) is die daartegen zou moeten opkomen. Zij heeft zonder meer en het meest direct belang.

Vervolgens komt de vraag aan de orde hoe ernstig de gebreken zijn die kleven aan de overdracht van de onderneming aan X. B.V. Het antwoord ligt op basis van wet en jurisprudentie voor de hand: de tekortkomingen in de eisen die normaal gesproken vanuit het vennootschapsrecht aan zo’n rechtshandeling moeten en mogen worden gesteld zijn ernstig.¹¹⁹⁵ Dat lijkt voor de hand te liggen, toch komen vergelijkbare transacties voor de Ondernemingskamer in groten getale en

2003, 34 (*S.H.G.P.*), OK 12 december 2002, ARO 2003, 4 (*Ed Ros & Wanink B.V.*), OK 5 juni 2003, ARO 2003, 96 (*Schrums*), OK 11 juli 2003, ARO 2003, 126 (*Pimco*), OK 22 september 2003, ARO 2003, 159 (*IHD Airport Services*), OK 5 januari 2005, ARO 2005, 9 (*SHGP*), OK 28 februari 2005, ARO 2005, 34 (*Dodo*).

¹¹⁹⁴ Vgl. r.o. 3.4 bij OK 22 september 2011, ARO 2011, 145 (*Client First*). Ook OK 2 juli 2002, ARO 2002, 94 (*Sytec*), OK 16 juli 2002, ARO 2002, 110 (*ZSB Groep*), OK 26 september 2002, ARO 2002, 153 (*Technofast*), OK 26 november 2002, ARO 2002, 178 (*Translift Nederland*), OK 20 juni 2007, ARO 2007, 110 (*CBR*).

¹¹⁹⁵ Vgl. OK 22 februari 2002, ARO 2002, 34 (*RNA*), r.o. 3.8 en 3.9, OK 30 juli 2002, ARO 2002, 125 (*Janson Holding*), OK 30 december 2002, ARO 2003, 18 (*Aesculaap Beheer*), OK 14 februari 2005, ARO 2005, 31 (*BSM*), OK 23 februari 2005, ARO 2005, 32 (*Avantech Europe*), OK 24 juni 2005, ARO 2005, 102 (*Force Europe*), OK 2 augustus 2005, ARO 2005, 153 en ARO 2008, 10 (*De Hasker*), OK 1 februari 2006, ARO 2006, 46 (*S. van Baarsen Halfweg*), OK 16 februari 2006, ARO 2006, 47 (*Trial*), OK 22 maart 2006, ARO 2006, 70 (*VDG*), OK 9 mei 2006, ARO 2006, 99 (*TriQorp*), OK 27 november 2006, ARO 2006, 196 (*WWS*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 43 (*Dutch A&A*), OK 22 juni 2007, ARO 2007, 102 (*Micam*), OK 10 september 2008, ARO 2008, 155 (*Janssen Holding*), OK 15 mei 2009, ARO 2009, 78 (*Flora Plus*), OK 16 maart 2011, ARO 2011, 52 (*EMB*), OK 14 juli 2011, ARO 2011, 113 (*Elpak*), OK 20 januari 2012, ARO 2012, 16 (*Mulix Holding*). Zie voor strijd met regels van corporate governance: OK 16 november 2005, ARO 2005, 196 (*UMI Beheer*).

in een groot aantal varianten voor: gehele overdracht van de onderneming zonder besluitvorming,¹¹⁹⁶ liquidatie zonder rechtsgeldige besluitvorming,¹¹⁹⁷ verkoop belangrijk(ste) actief¹¹⁹⁸ zonder openheid/overleg, bewerkstelligen verarming vennootschap,¹¹⁹⁹ verandering van het wezen van de onderneming,¹²⁰⁰ mankerende gang van zaken rond alleen nog maar het voornemen tot verkoop,¹²⁰¹ niet voldoen aan de eis van zorgvuldige prijsbepaling,¹²⁰² de zelfstandige vaststelling van de verkoopprijs van de belangrijkste activa van de vennootschap,¹²⁰³ een geval waarbij het niet inlichten over de voorgenomen transactie minder bezwaarlijk was, maar de prijs niet at arm's length,¹²⁰⁴ etc.¹²⁰⁵

De jurisprudentie laat ook zien dat via de Ondernemingskamer om verschillende maatregelen kan worden verzocht, zoals een verbod bij wijze van onmiddellijke voorziening om aan transacties/besluitvorming uitvoering te geven,¹²⁰⁶ vernietiging bij wijze van voorziening van het besluit van een bestuur tot verkoop en overdracht aandelen in dochtervennootschappen,¹²⁰⁷ naast de al eerder genoemde onmiddellijke voorzieningen bij verstoorde verhoudingen, etc. Het betekent dat er voor B. Beheer nogal wat voorzieningen zijn waarmee tegen de gang van zaken kan worden opgekomen.¹²⁰⁸

¹¹⁹⁶ OK 20 december 2004, ARO 2004, 144 (*S. van Baarsen Halfweg*), OK 24 juli 2007, ARO 2007, 142 (*Van Doorn*).

¹¹⁹⁷ OK 19 mei 2004, ARO 2004, 76 (*Welgelegen*).

¹¹⁹⁸ OK 29 april 2002, ARO 2002, 68 (*Tactron Holding*) waarin de OK oordeelt dat overdracht van aandelen zonder de vereiste voorafgaande goedkeuring van de vergadering van aandeelhouders op zichzelf schending van elementaire beginselen van behoorlijk ondernemerschap inhoudt, OK 31 oktober 2002, ARO 2003, 1 (*ZDS Trading and Real Estate*), OK K 4 maart 2008, ARO 2008, 51 (*ICTrack*), OK 5 augustus 2008, ARO 2008, 133 (*Rokin87*), OK 5 augustus 2008, ARO 2008, 134 (*Sijthoff*), OK 19 augustus 2008, ARO 2008, 135 (*W.J. Grain*), OK 15 mei 2009, ARO 2009, 78 (*Flora Plus*), OK 9 november 2009, ARO 2009, 167 (*iBiz*), OK 3 mei 2010, ARO 2010, 82 (*Mulix*), OK 16 december 2010, ARO 2011, 4 (*Van der Linden Holding*), OK 3 september 2012, ARO 2012, 130 (*Pebblestone*).

¹¹⁹⁹ OK 4 september 2012, ARO 2012, 132 (*Böhmer*).

¹²⁰⁰ OK 29 augustus 2002, ARO 2002, 151 (*Case Packing Sales Europe*), r.o. 3.12, Indien geen wezenlijk deel waardoor geen majeure wijziging HR 21 februari 2003, NJ 2003, 182 (*HBG*), HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434, concl. A-G Timmerman (*ABNAMRO*).

¹²⁰¹ OK 22 juni 2007, ARO 2007, 102 (*Micam*).

¹²⁰² OK 20 mei 2010, ARO 2010, 88 (*UPA*), OK 16 december 2010, ARO 2011, 4 (*Van der Linden Holding*).

¹²⁰³ OK 24 december 2009, ARO 2010, 5 (*Yachtcontrol*).

¹²⁰⁴ OK 13 juli 2006, ARO 2006, 132 (*Selles Beheer*), OK 28 oktober 2009, ARO 2009, 160 (*DWS Holding*).

¹²⁰⁵ OK 5 november 2007, ARO 2007, 172 (*FHP*), OK 14 juli 2011, ARO 2011, 113 (*El-pak*).

¹²⁰⁶ OK 9 mei 2006, ARO 2006, 99 (*TriQorp*), OK 6 juni 2006, ARO 2006, 107 (*Park-line Holding*).

¹²⁰⁷ OK 24 juli 2007, ARO 2007, 142 (*Van Doorn*).

¹²⁰⁸ Vgl. OK 2 juli 2002, ARO 2002, 93 (*Engineering Systems International*).

Er zijn tegelijk ook voorbeelden van gevallen in het enquêterecht waarin juist *niet* sprake was van gegronde reden om aan juist beleid te twijfelen of wanbeleid,¹²⁰⁹ bijvoorbeeld doordat geen twijfel bestond aan totstandkoming van een reële prijs door de inschakeling van een deskundige,¹²¹⁰ of doordat een klacht over niet objectieve waardering aandelenpakket door de Ondernemingskamer werd beschouwd als een geschil van louter vermogensrechtelijke aard,¹²¹¹ dan wel op het punt van de marktconforme koopprijs alsnog werd tegemoet gekomen door het aanbieden van het herstel van schade.¹²¹² Ook het enkele feit dat de aandeelhouder niet zelf kan beslissen over de vervreemding, maar dat het bestuur dat doet is niet bezwaarlijk. De Ondernemingskamer noemt in dit verband het belang van de aandeelhouder geen absoluut recht.¹²¹³ Ook het enkele feit dat niet geïnformeerd werd vormt nog geen gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen.¹²¹⁴

Zoals bekend zijn er voor dit soort transacties drie toetsingscategorieën – ontleend aan de definitie van de rechtshandeling in artikel 3:33 BW – te weten bevoegdheid, besluitvorming (als intern bepalend voor de totstandkoming van de ‘wil’ van de rechtspersoon) en vertegenwoordiging (als verklaring in extern opzicht). Waar het hier om gaat is de eerder aangehaalde ‘boven over’¹²¹⁵/onder langs¹²¹⁶-analogie verder uit te werken aan de hand van die toetsingscriteria in de interne gang van zaken tussen D. en B. en vervolgens in extern opzicht. In de interne gang van zaken zijn dan na te lopen de bevoegdheid tot, de wijze van totstandkoming van en de inhoud of strekking van het kennelijke besluit tot overdracht. In extern opzicht gaat het om de vraag naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid.

¹²⁰⁹ OK 25 maart 2005, ARO 2005, 61 (*Q1*), OK 20 juni 2005, ARO 2005, 97 (*Firma W. van 't Hart & Zonen Holding*), OK 19 december 2005, ARO 2006, 5 (*Lambers Beheer*), OK 7 maart 2006, ARO 2006, 65 (*T&L Verzekeringen*), OK 29 juni 2006, ARO 2006, 115 (*CMM Holding*), OK 8 februari 2007, ARO 2007, 34 (*De Benpuck*), OK 18 juni 2007, ARO 2007, 98 (*Rubalas*), OK 22 november 2007, ARO 2007, 189 (*Zondervan Beheer*), OK 27 november 2007, ARO 2007, 190 (*B&A Holding*), OK 8 februari 2008, ARO 2008, 39 (*AGT*), OK 4 april 2008, ARO 2008, 80 (*Holystaete*), OK 22 september 2008, ARO 2008, 156 (*Friesland Vlees*), OK 23 januari 2009, ARO 2009, 18 (*MGC*), OK 17 februari 2009, ARO 2009, 44 (*Lycos*), OK 12 april 2010, ARO 2010, 62 (*Almatitis*), OK 27 december 2011, ARO 2012, 6 (*HSG*), OK 5 april 2012, ARO 2012, 55 (*Zadeko*).

¹²¹⁰ OK 8 februari 2007, ARO 2007, 34 (*De Benpuck*), r.o. 3.7 en 3.8.

¹²¹¹ OK 6 juni 2011, ARO 2011, 94 (*Synpact*).

¹²¹² OK 27 december 2011, ARO 2012, 6 (*HSG*).

¹²¹³ Vgl. OK 22 februari 2002, ARO 2002, 34 (*RNA*), r.o. 3.15.

¹²¹⁴ OK 27 december 2007, ARO 2008, 7 (*Flexchemie*), OK 27 december 2011, ARO 2012, 6 (*HSG*).

¹²¹⁵ OK 11 april 2007, ARO 2007, 70 (*Prins Holding*).

¹²¹⁶ OK 6 juni 2006, ARO 2006, 107 (*Park-line Holding*).

Dit is een in de collegepraktijk gebruikelijke aanpak en zal dienen als opzet voor het vervolg. Waar het hierna met name om gaat is te laten zien dat al die bepalingen – expliciet wettelijk of statutair dan wel als open normen en begrippen – strekken tot bescherming van het belang van de minderheidaandeelhouder, in dit geval D. Het is de essentie van waar het bij rechtvaardiging van vermogensrechtelijk beleid – zoals opgemerkt dicht tegen de onrechtmatige daad aanliggend – om gaat. Het voorbeeld waarmee dit het meest scherp inzichtelijk kan worden gemaakt is de overdracht van de gehele onderneming door B. op de geschetste wijze. Maar, zoals als opgemerkt, de praktijk is niet zwart/wit maar grijs, en er doen zich vele varianten voor.

De aan de hand van de casus te beantwoorden vraag is dan in hoeverre dit soort transacties ‘boven over/onder langs’ ook tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de bestuurder en/of de mede-aandeelhouder tegenover de minderheidsaandeelhouder aanleiding kunnen geven, om welke betamelijkheidsnormen het dan in de kern gaat en of er ergens nog een relatie met de opzegging ligt.

Een en ander wordt hierna toegelicht, om te beginnen met de bevoegdheidsvragen. In paragraaf 3.4.3 wordt ingegaan op wijze van totstandkoming van het besluit, of liever gezegd: op de gebreken in de totstandkoming. Vervolgens is de inhoud of strekking van het besluit aan de orde.

2.3.2 Bevoegdheid (zie ook ‘UVO/Lopik’¹²¹⁷ en ‘ABN Amro’¹²¹⁸)

Interessant aan de beschikking van de Ondernemingskamer inzake *Client First Beheer* en illustratief voor de wijze waarop de Ondernemingskamer opereert is ten eerste dat na behandeling ter zitting de Ondernemingskamer direct na beraad in raadkamer uitspraak heeft gedaan. De sleutel van de betreffende uitspraak is te vinden in rechtsoverweging 3.3 waarin staat:

‘De Ondernemingskamer stelt voorop dat Client First (‘Lipsum’, N.B. de vennootschap en niet B.), in het bijzonder vanaf 2008, toen J. Boevé (D.) niet langer bij de dagelijkse gang van zaken was betrokken, jegens Boevé (D.) als minderheidsaandeelhouder een bijzondere zorgvuldigheid in acht te nemen heeft en meer in het bijzonder ervoor heeft te waken dat verstrengeling van haar belangen met die van Paanakker (B.) wordt voorkomen en dat zij in verband daarmee naar behoren opening van zaken dient te geven. In het licht van deze norm plaatst de Ondernemingskamer hieronder vraagtekens bij de gang van zaken rondom de verhouding tussen de Client

¹²¹⁷ HR 13 december 1991, NJ 1992, 279, nt. Maeijer, nt. Raaijmakers AA 1993, 54 (gebr. *Van den Berg/Van den Berg en UVO-Lopik*).

¹²¹⁸ HR 13 juli 2007, concl. A-G Timmerman, nt. Nieuwe Weme, JOR 2007, 143, nt. Maeijer, NJ 2007, 434.

First Groep ('Lipsum') en de First Company Groep. (X. B.V., toevoegingen P)'

De Ondernemingskamer constateert vervolgens dat de vennootschap en Paanakker (B.) een aantal kwesties niet behoorlijk heeft kunnen ophelderen zoals: het feit dat X. B.V. diensten ontplooit die nagenoeg dezelfde zijn als die van 'Lipsum', waarom die activiteiten in X. B.V. zijn ondergebracht en niet in 'Lipsum', dat activiteiten zijn overgeheveld van 'Lipsum' naar X. B.V., dat belangen kennelijk niet gescheiden gehouden zijn, het prominente gebruik van dezelfde handelsnaam in combinatie met overeenstemmig tussen de ondernemingsactiviteiten, dat in publieke uitingen geen duidelijk onderscheid is gemaakt tussen beide ondernemingen, dat X. B.V. op hetzelfde adres als 'Lipsum' gevestigd is, gebruik maakt van dezelfde ondersteunende faciliteiten op het gebied van ICT en financiële administratie en ten dele van hetzelfde personeel, dat aan D. geen toereikende controleerbare informatie is verschaft over de toerekening van de daarmee gemoeide kosten, dat 'Lipsum' en X. B.V. hoofdelijk aansprakelijk zijn voor een gezamenlijke kreditefaciliteit van de bank.

De bedoelde sleutel tot de conclusie dat sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen staat dus alleen nog maar in de opheldering van een aantal vragen. Aan de vraag welk orgaan bevoegd is – het bestuur of de vergadering van aandeelhouders – komt de Ondernemingskamer niet toe. Dat hoeft ook niet. Wat het antwoord op de vraag ook is, in beide gevallen rekent de Ondernemingskamer de kennelijk door B. genomen besluiten maar ook de gelaten onduidelijkheid aan de vennootschap toe. 'Kennelijk' omdat het nog maar de vraag is of er besluiten genomen zijn, laat staan dat die besluiten – als het bestuur bevoegd was – aan de aandeelhoudersvergadering ter goedkeuring vooraf of bekrachtiging achteraf zijn voorgelegd. De onduidelijkheid vanuit het perspectief van D. en vanuit de aan zijn zijde berokken belangen alleen al is niet acceptabel.

Omdat het gaat om een kennelijke overdracht van de gehele onderneming in een besloten verhouding mag geheel in lijn met de bekende Korenschoof-casus¹²¹⁹ en naar analogie met de normale bevoegdheden van de aandeelhoudersvergadering de inrichting en de structuur van de vennootschap betreffende, worden aangenomen dat de aandeelhoudersvergadering bevoegd zou zijn geweest tot het

¹²¹⁹ Beschreven door Van der Grinten (in *'De regels van het spel'*, Van der Grinten 1961, p. 173, Noldus 1969, p. 147), waarin het ging om de vraag of de bevoegdheid om te besluiten over de overdracht van een (belangrijk) deel van de onderneming van een N.V. toekomt aan het bestuur, of voorbehouden is aan de aandeelhoudersvergadering. Anders pres. Rb. Leeuwarden 17 september 2008, OR 2009, 12, nt. Klaassen (*De Vries-Nieboer Beheer*). Klaassen is in de noot in Ondernemingsrecht gelet op de boven aangehaalde OK-jurisprudentie terecht kritisch op de uitspraak.

nemen van een besluit tot overdracht van de gehele onderneming. Een aandeelhoudersvergadering die gecontroleerd wordt door B.

Dit laatste betekent dat D. er niet zoveel aan heeft dat B. het besluit alsnog of opnieuw neemt. Besluitvormingsvoorschriften zijn dus, ofschoon belangrijk, van relatief belangrijke betekenis. Tegelijk rijst ook de vraag of het zin heeft B. de transactie niet toe te staan en D. weer als aandeelhouder in ‘Lipsum’ ‘op te sluiten’. De vraag stellen is – onder verwijzing naar r.o. 4.12 inzake *Chips-hol/Forward* – haar beantwoorden.

Als de aandeelhoudersvergadering bevoegd is dan is duidelijk dat – als de feiten blijken te liggen zoals de Ondernemingskamer ze voorlopig schetst – B. geen mandaat had, noch qua bevoegdheid, noch qua besluitvorming, om aan de geschetste transactie medewerking te verlenen en voorts dat hij als indirect aandeelhouder in X. B.V. concurrentie van ‘Lipsum’ toelaat – waarvan vooralsnog maar even wordt aangenomen dat die niet in overeenstemming is met de vennootschappelijke betamelijkheid. Er zijn voorbeelden van beschikkingen waarin de Ondernemingskamer de beoordeling van de gedragingen van B. zelf al plaatst in de context van handelen in strijd met artikel 2:8 BW,¹²²⁰ met artikel 2:9 BW¹²²¹ en in de context van oneerlijke concurrentie.¹²²²

Met de constatering dat door B. gehandeld wordt in strijd met artikel 2:9 BW rijst vervolgens de vraag wat D. daaraan heeft. D. beschikt als minderheidsaandeelhouder niet over de mogelijkheid de aandeelhoudersvergadering ter zake een besluit voor de vennootschap te laten nemen, maar heeft wel belang dat de actie of een alternatief wordt ingesteld. Hierdoor rijst de vraag naar de mogelijkheid en kans op succes van een alternatief: de rechtstreekse actie uit onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW van D. Beheer als minderheidsaandeelhouder tegen B. Beheer en – nog veel interessanter – de mogelijkheid en kans op succes van een actie uit onrechtmatige daad of zelfs wanprestatie van D. als volledige zeggenschapshouder in D. Beheer tegen B. als volledige zeggenschapshouder in B. Beheer. Met name het laatste is in het perspectief van dit boek interessant.

Belangrijk voor de beantwoording van deze vragen is ook de beantwoording van de vraag welke normen nu geschonden kunnen, mogen en moeten worden geacht en van de vraag naar de relativiteit van die normen: strekken de normen die B. Beheer of B. geschonden heeft zodanig tot bescherming van het aan de zijde van D. Beheer of D. betrokken belang dat D. als zeggenschapshouder daarop

¹²²⁰ OK 14 juli 2003, ARO 2003, 128 (*Wireless*), OK 28 februari 2007, ARO 2007, 46 (*ITPB*).

¹²²¹ OK 15 mei 2009, ARO 2009, 78 (*Flora Plus*).

¹²²² OK 16 april 2004, ARO 2004, 57 (*Uit Agenda*).

met succes de rechtstreekse aansprakelijkheid van B. als zeggenschapshouder kan baseren voor door hem geleden schade? Zoals in het *Costa Blanca*-arrest?

Voor de beantwoording van deze vragen wordt in aansluiting op de overwegingen van de Ondernemingskamer over het uitblijven van ‘opheldering’ eerst ingegaan op de betekenis van het niet of niet (deugelijk) oproepen door B. Beheer van D. Beheer voor een aandeelhoudersvergadering in ‘Lipsum’ en het niet (niet deugdelijk) informeren van B. Beheer, c.q. B.

Het gaat daarbij weer – net als in de inleiding, paragraaf 5 om weging van het belang van D. bij deugdelijke besluitvorming in het grotere geheel van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid.

2.3.3 *Wijze van totstandkoming (‘Reynders/McKinney’)*

Illustratief voor de betekenis van gebreken in de wijze van totstandkoming en hoe deze door toepassing van artikel 2:8 BW kunnen worden geredresseerd is het standaardarrest van het Hof Den Haag inzake *Reynders/McKinney*¹²²³ dat in de inleiding, paragraaf 6 al werd besproken. Het arrest is echter ook om andere redenen dan deze te doen gebruikelijke interessant. De casus van het arrest lijkt anders te liggen dan de hiervoor naar aanleiding van de *Client First Beheer*-beschikking geschetste, omdat in de casus van *Reynders/McKinney* nu juist wel alle dwingend wettelijk toepasselijke oproepingsvoorschriften voor het houden van een aandeelhoudersvergadering door Reynders werden nageleefd.

Toch werd het besluit tot uitgifte van aandelen – door Reynders in de vergadering genomen tijdens de vakantie van de andere aandeelhouder McKinney – door het Hof vernietigd. Het arrest laat zien dat de paar voorschriften die in Boek 2 BW staan opgenomen op het punt van de besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering niet alleen door de wetgever principieel belangrijk worden gevonden, maar ook door de rechter in de zin dat niet alleen de strikte letterlijke naleving rechtens relevant is, maar ook het belang dat die wettelijke regels beogen te beschermen en daarmee dus doel en strekking van die regeling. Doel en strekking die voor de hand liggen en te meer zichtbaar worden door besef van de betekenis van de toets van de goede trouw als correctienorm en door besef van Boek 2 BW als verantwoordingsrecht in de in de inleiding en de hoofdstukken 1 en 2 beschreven wijze.

Van belang voor het volgende is dan ook te constateren dat de wettelijke regeling inzake de bijeenroeping van een aandeelhoudersvergadering niet ‘zomaar’ strekt tot bescherming van het belang van de minderheidsaandeelhouder en dat van de vennootschap. Het gaat om fundamentele voorschriften voor de totstand-

¹²²³ Hof Den Haag 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (*Reynders/McKinney*).

koming van besluiten. Dat is wat de *Client First Beheer*-beschikking en vele andere duidelijk maken: deugdelijke besluitvorming veronderstelt voorafgaande opening van zaken. Essentie is het voorkomen van belangenvermenging en dat begint bij het geven van opening van zaken. Dit wordt versterkt doordat het in besloten ledenverhoudingen daarbij niet alleen gaat om toetsing aan redelijkheid en billijkheid maar om toetsing aan de goede trouw.

Maar met alleen openheid is D. er nog niet omdat B. de besluitvorming in de vergadering van aandeelhouders beheerst. En ook B. niet als hij denkt dat hij daarom zijn gang kan gaan.

In de casus van het arrest *Reynders/McKinney* is sprake van een besluit tot uitgifte van aandelen niet om daarmee kapitaal aan te trekken, maar om de zeggenschapsverhoudingen te beïnvloeden. In het onderwijs is de casus aansprekender te maken door het uitgiftebesluit te vervangen door een ontslagbesluit ten aanzien van McKinney, wat bij menig cursist de te verwachten reactie uitlokt.

Reynders en McKinney waren – zoals wel bekend – beiden bestuurder en ieder voor 50% aandeelhouder in Food Concepts B.V. McKinney was van 17 juli 1982 tot en met 13 augustus 1982 afwezig wegens vakantie, en er dus niet van op de hoogte dat Reynders op 10 augustus 1982, met inachtneming van de wettelijke en statutaire termijnen, een aandeelhoudersvergadering bijeen riep met als enige geagendeerde onderwerp in de oproepingsbrief de uitgifte van aandelen, te plaatsen bij Reynders. Reynders wist dat McKinney afwezig was wegens vakantie. Teruggekeerd van vakantie werd McKinney geconfronteerd met het uitgiftebesluit. McKinney stapte daarop naar de rechter.

In de kwestie oordeelde het Gerechtshof te Den Haag uiteindelijk dat de goede trouw die de verhouding tussen aandeelhouders beheerst, meebrengt, dat indien een directeur/houder van 50% van de aandelen van een vennootschap op een aandeelhoudersvergadering constateert dat zijn mededirecteur/houder van de overige 50% van de aandelen ontbreekt, hij de vergadering voor wat betreft niet zeer dringende agendapunten verdaagt indien twijfel bestaat of de oproep voor de vergadering de betrokkene wel heeft bereikt. Het besluit tot uitgifte was daarom vernietigbaar. De ‘positieve’ rechtsplicht, aldus geformuleerd, wordt bij het verzuim gevolgd door de ‘negatieve’ door de rechter toegepaste sanctie.

De actie van McKinney die uitgaat van het bestaan van een positieve rechtsplicht (‘actieve reflectie’) aan de zijde van Reynders, betekent dat in voorkomende gevallen, bijvoorbeeld als McKinney tijdens zijn vakantie toevallig achter het voornemen van Reynders zou zijn gekomen, hij als direct belanghebbende ook beroep had kunnen doen op aanhouding van de vergadering ter

voorkoming van dreigende schade.¹²²⁴ Dat – de nakoming van die rechtsplicht – is waarvoor D. Beheer in de *Client First Beheer*-casus, zou hij tijdig op de hoogte zijn geweest, ook naar de Ondernemingskamer had kunnen gaan en dat is waarom in de inleiding, paragraaf 2 werd geschreven dat de huidige oproepings-termijn van acht dagen eigenlijk te kort is voor het vooraf nog doen treffen van onmiddellijke voorzieningen: opschorting van de betreffende transactie en het treffen van onmiddellijke voorzieningen die er toe leiden dat de situatie ‘bevroren’ wordt, wellicht zelfs door een beschikking ter zitting.

De andere rechter waar D. Beheer terecht zou kunnen – het Gerechtshof wijst daar in het *Reynders/McKinney*-arrest ook op – is de voorzieningenrechter in kort geding, ware het niet dat het arrest in kort geding van het Hof Amsterdam inzake *Gaus/Dijkshoorn* een beroep op niet-ontvankelijkheid door B. Beheer mogelijk lijkt te maken.¹²²⁵ Het Hof overweegt daar:

‘dat de Ondernemingskamer in de enquêteprocedure een gespecialiseerd college is dat, in procedures waarin wordt gevraagd een enquête in te stellen, volgens bepaalde beleidsregels te werk gaat, met inschakeling van de specifieke deskundigheid van de raden.’ (onderstreping P)¹²²⁶

En verder:

‘Wanneer, vooruitlopend op de (resultaten van de) enquête, een onmiddellijke voorziening noodzakelijk is, kan de kamer een daartoe strekkend verzoek op een termijn behandelen die nauwelijks of niet langer is dan die welke door de president in kort geding pleegt te worden gehanteerd.’

In dit licht, zo oordeelt het Hof, is het wenselijk dat de president in kort geding, hoezeer ook naast de Ondernemingskamer bevoegd, zich terughoudend opstelt bij een verzoek om een onmiddellijke voorziening. Het leidt wel tot de vraag wat van deze terughoudendheid over kan blijven als in de *Baremans/Muijs* benadering de (tijdelijke) overdracht van aandelen voor de Ondernemingskamer niet gevorderd zou kunnen worden. Het is ook een argument vóór het kunnen benaderen van de Ondernemingskamer in de *Baremans/Muijs* benadering, maar dat terzijde – in de conclusie van dit boek wordt hierop nog teruggekomen.

Op de ‘*Reynders/McKinney*’-casus bestaan – zoals intussen duidelijk – allerlei varianten waaronder die van het arrest van de Hoge Raad inzake *Mante*, waar

¹²²⁴ Vgl. Vegter 1991, p. 153.

¹²²⁵ Hof Amsterdam 7 november 1996, KG 1997, 3 (*Gaus/Dijkshoorn*) en artikel 2:349a lid 2 BW.

¹²²⁶ Zie Klaassen 2010/1 en 2 over onderzoeken die naar kwaliteit en functioneren van gespecialiseerde rechters zijn gedaan en over de resultaten van die onderzoeken.

Reynders/Mc Kinney op voortbouwt.¹²²⁷ In de *Mante*-casus¹²²⁸ ging het om de situatie dat mevrouw Mante, erfgename van de heer Kriek die zeven maanden eerder overleden was, een oproepingsbrief voor een aandeelhoudersvergadering van N.V. Internationale Automobielsmaatschappij (hierna: I.A.M.) niet ontvangen had waarop besloten werd tot een wijziging van de statuten. De positie van de echtgenoot Kriek was zo dat hij volgens de statuten van de N.V. belangrijke besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders met betrekking tot de uitgifte van nieuwe aandelen, tot het verlenen van ongevraagd ontslag aan een directeur, tot wijziging der statuten en tot ontbinding der vennootschap kon tegenhouden.

Het Hof oordeelde dat de vergadering zich rekenschap ervan had behoren te geven, dat het *belang* van de houdster van de 44 aandelen zo onmiddellijk bij de statutenwijziging was betrokken, dat een oproepingsbrief, ook indien overigens ongebruikelijk, aan zijn erfgenamen had behoren te worden verzonden, zelfs indien oproeping van de bekende aandeelhouders in de statuten niet was voorgescreven geweest, of behoorlijke oproeping op andere wijze behoorde te geschieden.

De Hoge Raad bevestigde deze gedachtengang op de wijze als ook in *Reynders/McKinney* terug te vinden.

Met betrekking tot de motivering van de aanwezigheid van het belang overweegt het Hof:

‘dat immers de ter vergadering aanwezigen zich rekenschap ervan hadden behoren te geven dat na totstandkoming van de voorgestelde statutenwijziging de aandelen van Drs. Kriek voor zijn erfgenamen moeilijker te gelde te maken zouden zijn (onderstreping P) dan zij tevoren waren; dat daarom de vergadering had behoren na te gaan, of een der erfgenamen of een uitvoerder der uiterste wilsbeschikking van Drs. Kriek bekend was, en, zo ja, of behoorlijke oproeping als voormeld had plaatsgevonden; dat de vergadering, door, zonder zulks te hebben nagegaan, buiten de aanwezigheid van de houders van die 44 aandelen het besluit tot statutenwijziging te nemen, een besluit heeft genomen dat ten opzichte van die aandeelhouders niet voldeed aan de eisen van redelijkheid en billijkheid.’

Het Hof wijst in deze redenering expliciet op het specifieke belang van Kriek (en erfgenamen) de aandelen in I.A.M. te gelde te kunnen maken: het beleggersbelang.

¹²²⁷ HR 30 oktober 1964, NJ 1965, 107 (*Mante*), Maeijer 1964/1965, p. 163 e.v.

¹²²⁸ Van der Grinten 1969, p. 84 e.v.

De beide arresten zijn illustratief voor het eerder in hoofdstuk 1, paragraaf 1.3 en hoofdstuk 2, paragraaf 2.4 aangehaalde uitgangspunt dat artikel 2:8 lid 1 BW een laagdrempelige mogelijkheid biedt aan de rechtspersoon en degenen die bij haar organisatie betrokken zijn om elkaar in positieve (vordering tot nakoming),¹²²⁹ dan wel negatieve zin (vernietiging van besluiten via artikel 2:15 lid 1 sub b) op de ongeschreven uitgangspunten van hun ‘doelverbondenheid’ aan te spreken.

De arresten zijn bovendien illustratief doordat zij voorbeelden geven van casus waarin artikel 2:8 lid 1 BW dwingend-wettelijke bepalingen aanvult. Immers, ofschoon de wettelijke oproepingsvoorschriften – nota bene in een dwingende systematiek – keurig in acht werden genomen, vond er aanvullend correctie plaats door de rechter via de norm van artikel 2:8 lid 1 BW. De aanvulling is daardoor net zo ‘beschermend’ als de wettelijke bepalingen zelf.

De vraag die rijst is of beroep op artikel 2:8 lid 1 BW volstaat. Inderdaad: de aandeelhoudersvergadering in N.V. Internationale Automobielsmaatschappij wordt opnieuw gehouden, iedereen wordt geïnformeerd, de stemmen worden geteld, en de erfgenamen staan ofwel (1) voor een voldongen feit, ofwel (2) kunnen besluitvorming tegenhouden – wat waarschijnlijk was met hun positie. In geval (1) kunnen zij hun aandelen niet meer kwijt, of althans alleen tegen een lagere prijs. In geval (2) kan mogelijk geen nieuwe directeur gevonden worden of hebben de erfgenamen van Kriek geen benul van de automobielsector, etc., etc. Wat is dan de functie van artikel 2:8 lid 1 BW? En als artikel 2:8 lid 1 BW die functie heeft, wat is dan het toetsingskader? Waar moest Kriek rekening mee houden toen hij directeur/aandeelhouder werd? Waarmee de andere aandeelhouders (directeuren)? Waarmee de erfgenamen? En kan dan het nemen van besluiten of handelen in strijd met artikel 2:8 lid 1 BW ook onrechtmatig zijn?

Tot slot en enigszins terzijde: Reynders wijst ter toelichting op zijn houding onder meer op tussen hem en McKinney bestaande moeilijkheden, welke leidden tot onbestuurbaarheid van de vennootschap en mogelijk zelfs faillissement, welke onbestuurbaarheid naar de mening van Reynders slechts op korte termijn kon worden opgelost door uitgifte van aandelen aan hem waardoor hij in de meerderheidspositie zou komen te verkeren. Een redenering die ook terug te vinden is in OK 14 juli 2011, ARO 2011, 113 (*Elpak*). Naar het oordeel van het Hof leveren deze omstandigheden geen rechtvaardigingsgrond op voor de gewraakte handelwijze van Reynders om bij afwezigheid van McKinney de aandeelhoudersvergadering het besluit te laten nemen tot uitgifte van een extra pakket aandelen aan hem, Reynders. En dan:

¹²²⁹ Vgl. Hof Arnhem, 26 mei 1992, NJ 1993, 182 (*Uniwest*).

‘Indien al van onbestuurbaarheid en wanbeleid van McKinney sprake zou zijn – het Hof laat dit uitdrukkelijk in het midden – stonden Reynders andere middelen ten dienste om hiertegen op te treden, zoals het vragen van maatregelen in k.g. tegen McKinney; het aanhangig maken van een vordering tot instellen van een enquête bij de OK van het Hof Amsterdam en het verzoeken van een of meer voorzieningen als bedoeld in art. 2:356 BW of een combinatie van beide.’

In die zin is er sinds 1983 dus weinig veranderd. Veel belangrijker is de vraag of de ‘inhoudelijk mogelijke’ redeneringen sindsdien ‘gegroeid’ zijn. Dat is het geval als het gaat om de problematiek uit het arrest van de Hoge Raad inzake *Willemsen Beheer B.V./NOM Investerings- en Ontwikkelingsmaatschappij*.¹²³⁰

2.3.4 *Zijstap: rechtstreekse aansprakelijkstelling bestuurder door individuele aandeelhouder (‘NOM/Willemsen Beheer’)*

NOM Investerings- en Ontwikkelingsmaatschappij (hierna: NOM) verweet aan Willemsen Beheer en Willemsen onder meer in strijd met een statutaire bepaling van Willemsen Holding B.V. surséance van betaling voor Willemsen Holding te hebben aangevraagd. NOM hield 49,9% en Willemsen Beheer hield 50,1 % van de aandelen in het kapitaal van Willemsen Holding.

In die statutaire bepaling was opgenomen dat goedkeuring van de raad van commissarissen nodig was voor bestuursbesluiten betreffende aangifte van faillissement en aanvraag van surséance van betaling. Voor die besluiten was tevens goedkeuring van de vergadering van aandeelhouders nodig.

Het besluit tot aanvraag van surséance van betaling werd genomen in strijd met deze bepaling. NOM hield Willemsen Beheer aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad.

De Hoge Raad oordeelde uiteindelijk:

‘Ingevolge art. 2:9 BW is elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Deze bepaling wordt naar vaste rechtspraak aldus uitgelegd, dat voor aansprakelijkheid op de voet daarvan noodzakelijk is dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.’

¹²³⁰ HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21, concl. A-G Timmerman, nt. Maeijer, nt. Snijders (*Willemsen Beheer B.V./NOM Investerings- en Ontwikkelingsmaatschappij*).

Bij de beoordeling of de bestuurder inderdaad een ernstig verwijt treft als zojuist bedoeld, moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken (HR 29 november 2002, nr. C 01/096, NJ 2003, 455 (Schwandt/BPF)).

In deze zaak gaat het echter niet om de aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de rechtspersoon die hij bestuurt, maar tegenover een individuele aandeelhouder. Het onderdeel stelt in wezen de vraag aan de orde of de voormelde norm voor interne aansprakelijkheid overeenkomstig heeft te gelden wanneer een individuele aandeelhouder een bestuurder aansprakelijk stelt voor de wijze waarop deze zijn bestuurstaken heeft uitgeoefend. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. Gezien de zelfgekozen betrokkenheid van individuele aandeelhouders bij de gang van zaken binnen de vennootschap, brengen de in art. 2:8 lid 1 BW bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid mee dat de hoge drempel van art. 2:9 BW overeenkomstig van toepassing is bij een door een individuele aandeelhouder tegen een bestuurder aanhangig gemaakte aansprakelijkheidsprocedure.

Evenals de omstandigheid dat is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de vennootschap meebrengt (HR 29 november 2002, nr. C 01/096, NJ 2003, 455 (Schwandt/BPF)), heeft in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure als in dit geding aan de orde, te gelden dat de omstandigheid dat is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die een individuele aandeelhouder beogen te beschermen, in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover die individuele aandeelhouder meebrengt. Indien de aldus aangesproken bestuurder echter feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen niet een ernstig verwijt oplevert, dient de rechter deze feiten en omstandigheden uitdrukkelijk in zijn oordeel te betrekken.'

Willemsen is vervolgens persoonlijk aansprakelijk geacht door de toepassing van artikel 2:11 BW.

Nu terug naar de 'Lipsum'-casus en naar *Client First Beheer*. Zou naar analogie van *NOM/Willemsen* kunnen worden volgehouden dat waar de wettelijke bepalingen met betrekking tot bevoegdheid, besluitvorming en vertegenwoordiging in combinatie met de 'Reynders/McKinney' aanvullende betekenis van artikel 2:8 lid 1 BW strekken tot het beschermen van het belang van D. Beheer, daaraan

D. Beheer met succes een vordering uit onrechtmatige daad jegens B. kan ontle-
nen tot verhaal van door D. Beheer geleden schade?

Zou D. als volledige zeggenschapshouder in D. Beheer persoonlijk hetzelfde
kunnen doen jegens B. als volledige zeggenschapshouder in B. Beheer? Op ba-
sis van de uitgangspunten van de besloten ledenverhouding?

Duidelijk is de betekenis van de *Poot/ABP* en de *Kip/Rabo*-arresten¹²³¹ en het
uitgangspunt als geformuleerd in het *tandartsen*-arrest dat de norm moet strek-
ken tot bescherming van het geschonden belang.¹²³² In *Poot/ABP* en *Kip/Rabo*
wordt de contractuele relatie met de vennootschap beëindigd. De vennootschap
gaat daardoor failliet. De aandeelhouder stelt daardoor schade te hebben gele-
den. Vraag was of de aandeelhouder schade kon verhalen op de partij die de
contractuele relatie beëindigt.

De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend omdat de schade die de aan-
deelhouder lijdt geacht moet worden afgeleide te zijn van de schade van de ven-
nootschap.¹²³³ Kennelijk staat er dus ‘iets’ aan de relatie tussen het belang van
de aandeelhouder en de gewenste actie in de weg. Dat ‘iets’ is de rechtspersoon.
Of, zoals de Hoge Raad het formuleert:

*‘De regel dat onrechtmatig is een doen of nalaten in strijd met hetgeen
volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, heeft
betrekking op de zorgvuldigheid die in een bepaalde verhouding tegenover
een of meer bepaalde anderen (lees: de rechtspersoon, P) behoort te wor-
den betracht en is dus naar haar aard niet een norm die strekt tot bescher-
ming van de belangen van allen die schade lijden als gevolg van het feit
dat de vereiste zorgvuldigheid tegenover die bepaalde anderen niet in acht
is genomen.’ (onderstrepingen P)*

Interessant en relevant is – en dat bevestigen de *Kip/Rabo*-arresten als ook het
Costa Blanca-arrest – dat als de rechtstreekse norm – de zorgvuldigheidsnorm –
er is er wel degelijk ‘door’ of ‘om’ de rechtspersoon met succes een aansprake-
lijkheid ex onrechtmatige daad kan worden gevestigd.

Is die zorgvuldigheidsnorm de norm van artikel 2:8 lid 1 BW?

¹²³¹ HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (*Poot/ABP*), HR 2 mei 1997, NJ 1998, 348
(*Kip/Rabo*), HR 16 februari 2007, JOR 2007, 112 (*Tuin Beheer/Houthoff Buruma*) en
HR 2 november 2007, JOR 2007, 302 (*Kessock/SFT Bank*), Van der Sangen 2001 en
Veenstra 2008.

¹²³² HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568 (*Beukers/Dorenbos of ‘Tandartsarrest’*).

¹²³³ Timmerman 2006, p. 129 e.v.

2.3.5 Inhoud/strekking ('Lampe/Tonnema' en 'Lensen/Ramp')

In de boven al besproken casus *Lampe/Videoworks* is sprake van inbreuk op de goede trouw – als gecontinueerd binnen de opgerichte B.V. in de onderlinge verhouding tussen de aandeelhouders¹²³⁴ – en van het schenden van bijzondere hoofdbepalingen – fundamentele voorschriften op het punt van de vennootschappelijke besluitvorming, namelijk het door het geven van ontslag verrichten van een beschikkingshandeling die de instemming behoeft van A. – in combinatie onzorgvuldig te weinig rekening houden met de voorzienbare duurzame onttrouwing als gevolg van de opzegging die neerkomt op het krachteloos worden van de samenwerking.

Vraag is of dit aan de zijde van A. het recht constitueert om schadevergoeding te vragen van B., C. en D. Kan hij zijn ex-compagnons met succes aansprakelijk houden voor schade aan zijn zijde ontstaan door het aandeelhoudersontslag besluit op de wijze als in het *Nimox/Van den End qq.*-arrest?

Hierbij zijn tenminste een drietal kanttekeningen te maken:

1. wordt het besluit niet toegerekend aan B. Beheer, C. Beheer en D. Beheer? Het *Costa Blanca*-arrest laat zien dat dit niet hoeft;
2. welke zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden en hoe ernstig is het door A. aan B., C. en D. te maken verwijt?
3. Wat is de schade van A.? Het aardige van deze vraag is dat zij een link met de opzegging laat zien. Kunnen B., C. en D. A. aan de kant zetten dan zullen zij compenserende maatregelen moeten treffen. Kunnen zij de onderneming overdragen, dan zullen zij compenserende maatregelen moeten treffen. De analogie 'onder langs/boven over' is daarmee rond.

In beide gevallen gaat het om het voeren van beleid. 'Onder langs' en 'boven over', beiden te begrijpen als onderdeel van één relatie waaraan om de geschetste redenen en op de geschetste wijze een einde moet kunnen worden gemaakt.

Maeijer merkt in zijn noot bij *Nimox/Van den End qq.*¹²³⁵ op dat het in de *Nimox*-zaak gaat om een andere casuspositie dan die in *Lampe/Videoworks*. Dat neemt niet weg dat er voor de problematiek die hier aan de orde is interessante parallellen zijn. Eerste constatering naar aanleiding van het *Nimox*-arrest is dat besluiten van aandeelhouders onrechtmatig kunnen zijn. Het besluit van de drie

¹²³⁴ Raaijmakers, AA 1997, 4, onder nr. 6.

¹²³⁵ HR 8 november 1991, NJ 1992, 174.

aandeelhouders B., C. en D. als meerderheidsaandeelhouders kan aan de vennootschap worden toegerekend, maar is ook los daarvan te toetsen. De wijze waarop de vennootschap zich naar minderheidsaandeelhouders dient te gedragen is precies de toets die de Hoge Raad in het *Zwagerman*-arrest toepast.

Allereerst artikel 2:8 lid 1 BW. Houdt artikel 2:8 lid 1 BW een zorgvuldigheidsnorm in dan zou schending van die norm onder de onrechtmatige daads-toets van artikel 6:162 BW geschoven kunnen worden. Twijfel ontstaat omdat betekenis en functie van artikel 2:8 lid 1 BW onderscheiden moet worden van betekenis en functie van de norm van de maatschappelijke betamelijkheid, waarvan de schending kan leiden tot de conclusie dat sprake is van onrechtmatige daad.

Of dit onderscheid al dan niet gemaakt moet worden is relevant omdat het niet scheiden zou betekenen dat als A. in strijd met de goede trouw ontslagen wordt dat meteen ook een onrechtmatige daad oplevert. Of dat een aandeelhouder/bestuurder die de vennootschap concurrentie aandoet en daarmee handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 lid 1 BW, zoals in de uitspraak van het Hof Amsterdam inzake *Lensen/Ramp*,¹²³⁶ verondersteld kan worden meteen ook een onrechtmatige daad te plegen. Dat ligt in dat geval wel voor de hand, maar is het altijd zo?

In zijn noot bij de uitspraak van de Rechtbank Arnhem inzake *Lensen/Ramp*¹²³⁷ schrijft Van den Ingh in dit verband het volgende:

'Als men in gevallen als deze bereid is aan te nemen dat het niet in hoedanigheid gepleegde handelen wegens nauwe betrokkenheid bij de vennootschap toch onder art. 2:8 BW kan vallen (zie de hiervoor opgenomen uitspraak van de OK), staat het arrest Poot/ABP m.i. niet aan een schadeverordering van een aandeelhouder in de weg. Dragend element in dit arrest is immers dat de aandeelhouder zich niet beriep op schending van een specifiek wettelijk voorschrift. Welnu, art. 2:8 BW is dat wel. Verder is van belang dat uit het arrest Lampe/Tonnema (17 mei 1991, NJ 1991, 645) volgt dat de Hoge Raad de normen van redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW op één lijn stelt met de normen van maatschappelijke zorgvuldigheid van art. 6:162 BW. Zoals Maeijer in zijn noot ook opmerkt, is aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW in dit geval zonder meer voldaan. In deze gedachtengang komt het dus aan op de uitleg van art. 2:8 BW. Zodra een gedraging in strijd is met art. 2:8 BW, is zij ook onrechtmatig en kan

¹²³⁶ Hof Amsterdam 16 maart 1995, JOR 1996, 54, nt. Van den Ingh (*Lensen/Ramp*). Ook OK 20 juni 2007, ARO 2007, 110 (*CBR*).

¹²³⁷ Rb. Arnhem 4 april 1996, JOR 1996, 55, nt. Van den Ingh (*Lensen/Ramp*). Vgl. ook Willems 2011/2, p. 153 over de consequenties van deze procedure.

zij schadeplichtigheid jegens een bij de organisatie betrokkene doen ontstaan.'

Toch lijkt het anders te liggen. In de casus van het arrest *Lampe/Tonnema* (een andere Lampe) was Lampe eigenaar van 150 van de 9600 geplaatste aandelen in het kapitaal van Tonnema. De helft van de geplaatste aandelen Tonnema werd gehouden door afstammelingen van N.J. de Vries – onder wie Lampe – en de andere helft door afstammelingen van P.J. de Vries. In een op 10 dec. 1986 gehouden algemene vergadering van aandeelhouders van Tonnema werd in beginsel besloten onderzoek te doen naar de mogelijkheid van verkoop van alle aandelen aan een derde. Lampe was in deze vergadering niet aanwezig. In de algemene vergadering van aandeelhouders van 24 april 1987, waarin Lampe wel aanwezig was, is de mogelijkheid van verkoop van de aandelen aan een derde opnieuw ter sprake gekomen. Lampe maakte toen niet kenbaar tegenstander te zijn van een dergelijke verkoop.

Vervolgens is er door een derde een bod uitgebracht van f 26 miljoen, dat verder voldeed aan de criteria die waren geformuleerd op een bijeenkomst van bestuur, commissarissen en een contactcommissie van aandeelhouders waarin elk der beide groepen aandeelhouders vertegenwoordigd was.

Alle aandeelhouders met uitzondering van Lampe hebben ter vergadering of kort daarna een verklaring ondertekend dat zij akkoord gingen met de verkoop van alle aandelen voor minimaal f 26 miljoen, en een machtiging verstrekt om namens hen te onderhandelen, een koopovereenkomst te tekenen en de aandelen te leveren. Lampe beriep zich in deze vergadering op de destijds in artikel 8 van de statuten van Tonnema opgenomen blokkeringsregeling, volgens welke de aandeelhouder die aandelen aan derden wilde overdragen verplicht was deze eerst aan te bieden aan zijn mede-aandeelhouders.

Na die vergadering hebben de raad van commissarissen en het bestuur van Tonnema een wijziging van de statuten voorbereid, waarin de aanbiedingsregeling zou worden vervangen door een regeling inhoudende dat overdracht van aandelen de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders behoeft. De aandeelhouders werden uitgenodigd tot het bijwonen van een op 3 febr. 1988 te houden bijzondere algemene vergadering, waarin dit voorstel tot statutenwijziging aan de orde zou komen.

Lampe heeft vervolgens in kort geding gevorderd dat uitstel van de behandeling van de statutenwijziging zou worden bevolen. Bij vonnis van 3 febr. 1988 is deze vordering afgewezen.

In de algemene vergadering van aandeelhouders van 3 febr. 1988 heeft Lampe zijn standpunt uiteengezet, waarbij hij uitstel van de behandeling van de statu-

tenwijziging verzocht. De vergadering heeft ondanks dat verzoek de statutenwijziging behandeld en met 8650 stemmen voor en 830 stemmen tegen besloten de statuten overeenkomstig het voorstel te wijzigen.

Bij brief van 23 maart 1988 aan de aandeelhouders van Tonnema heeft Lampe een bod van f 3125 per aandeel uitgebracht. Geen van de aandeelhouders bleek bereid dit bod te aanvaarden.

De werknemersorganisaties, de ondernemingsraad van Tonnema en de centrale ondernemingsraad van Van Nelle Holding N.V. hebben vervolgens positief geadviseerd over een eventuele overdracht van de aandelen Tonnema aan Van Nelle Holding N.V. De ondernemingsraad van Tonnema maakte voorts kenbaar geen vertrouwen in Lampe te hebben en geen prijs te stellen op overleg met hem.

In de algemene vergadering van aandeelhouders van Tonnema gehouden op 29 maart 1988 is met algemene stemmen – 8800 stemmen inclusief die van Lampe – de statutair vereiste goedkeuring gegeven aan de verkoop van de aandelen aan Van Nelle Holding N.V. Voordat deze goedkeuring werd behandeld, heeft Lampe een uitvoerige verklaring afgelegd betreffende zijn bezwaren tegen de wijze waarop de raad van commissarissen en het bestuur ter zake van de verkoop van de aandelen aan een derde hadden gehandeld; hij bepleitte uitstel van de stemming over de goedkeuring maar de verder aanwezige aandeelhouders wensten geen uitstel.

Op 31 maart 1988 heeft Van Nelle Holding N.V. alle uitstaande aandelen Tonnema behalve die van Lampe – die het bod van Van Nelle Holding N.V. niet onvoorwaardelijk had aanvaard – gekocht en de koopprijs aan de verkopers betaald.

Lampe beschikte niet over een vermogen groot genoeg om zelf onafhankelijk van derden een bod op de aandelen Tonnema uit te brengen.

Lampe vorderde in de procedure vernietiging c.q. nietigverklaring van voormeld besluit tot statutenwijziging, stellende dat dit besluit in strijd met de goede trouw, met de redelijkheid en de billijkheid en met de jegens Lampe betamende zorgvuldigheid is, omdat – zoals de Rechtbank in haar r.o. 2 het betoog van Lampe samenvatte – het besluit ‘geen ander oogmerk (had) dan het ongedaan maken van het aan Lampe toekomend voorkeursrecht’.

Oordelende dat de algemene vergadering van aandeelhouders niet in strijd met de goede trouw en derhalve ook niet onrechtmatig jegens Lampe heeft gehandeld, heeft de Rechtbank de vordering vervolgens afgewezen.

Hoofdstuk 3

In hoger beroep heeft Lampe zijn vordering vermeerderd met een eis tot schadevergoeding. Het Hof heeft alle grieven van Lampe verworpen en het vonnis van de Rechtbank bekrachtigd, zonder uitdrukkelijk uitspraak te doen op de eis tot schadevergoeding. De zaak is vervolgens voorgelegd aan de Hoge Raad.

In rechtsoverweging 3.2 gaat de Hoge Raad in op het cassatiemiddel dat het Hof verwijt:

‘te hebben nagelaten te beslissen omtrent het beroep van Lampe op schending van art. 2:7 BW en art. 1401 BW.

Dit verwijt mist feitelijke grondslag. In ’s hofs oordeel (r.o. 5) dat van een handelen in strijd met de goede trouw geen sprake is, ligt immers besloten het oordeel dat dit handelen niet in strijd is met de in art. 2:7 bedoelde redelijkheid en billijkheid noch met de uit art. 1401 (6:162 BW) voortvloeiende eis van zorgvuldigheid.

Anders dan het onderdeel betoogt, is de vraag of het besluit tot statutenwijziging in strijd is met de goede trouw als bedoeld in art. 2:11 (2:15 BW), geen “andere en engere” dan de vraag of het handelen van de algemene vergadering van aandeelhouders in strijd is met de in art. 2:7 (2:8 BW, toevoegingen P) bedoelde redelijkheid en billijkheid. Zoals uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 2:7 blijkt, is de term redelijkheid en billijkheid in dit artikel een weergave van “de objectieve betekenis die aan goede trouw in art. 1374 lid 3 BW volgens de rechtspraak van de Hoge Raad toekomt” (citaat uit het verslag van een mondeling overleg betreffende art. 2.1.7b gewijzigd ontwerp van Boek 2, Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 2, p. 136).

Evenmin valt in te zien dat een ontkennend antwoord op de vraag of de algemene vergadering in strijd met de goede trouw als bedoeld in art. 2:11 tot haar besluit is gekomen, nog ruimte zou laten voor een bevestigend antwoord op de vraag of de vergadering heeft gehandeld in strijd met de jegens Lampe betamende zorgvuldigheid. Voor zover het onderdeel beoogt aan te voeren dat het bij dit laatste om meer gedragingen dan het enkele besluit gaat (“het totale handelen”) faalt het eveneens nu het niet aangeeft op welke andere gedragingen het doelt. Hierbij komt nog dat Lampe in hoger beroep geen grief heeft aangevoerd tegen het oordeel van de Rechtbank (r.o. 10, laatste zin) dat de algemene vergadering van aandeelhouders, nu zij niet in strijd met de goede trouw heeft gehandeld, ook niet onrechtmatig jegens Lampe heeft gehandeld. Het Hof was dan ook niet geroepen om, na bevonden te hebben dat van strijd met de goede trouw geen sprake is, nog afzonderlijk in te gaan op de vraag of desondanks gezegd

kan worden dat de algemene vergadering van aandeelhouders onrechtmatig jegens Lampe heeft gehandeld.'

De Hoge Raad formuleert de regel dus negatief: als vast staat dat het besluit van de algemene vergadering in overeenstemming is met de goede trouw, *dan* is er geen ruimte voor een bevestigend antwoord op de vraag of gehandeld is in strijd met de jegens Lampe betamende zorgvuldigheid. Het is dus niet andersom: handelen in strijd met de goede trouw is niet *dus* onrechtmatig.

Rechtsoverweging 3.4 bevat vervolgens een mooi voorbeeld van belangenafweging:

'Onderdeel 7 bevat klachten welke naar de kern hierop neerkomen dat het Hof onvoldoende gewicht heeft toegekend aan de omstandigheid dat de rechten van Lampe, voortvloeiend uit de voor de statutenwijziging bestaande statutaire aanbiedingsregeling, door de statutenwijziging ongedaan werden gemaakt.'

De klachten missen doel. Het Hof heeft, na in r.o. 4 te hebben overwogen dat Lampe vanaf de aanvang van zijn aandeelhouderschap rekening had te houden met de mogelijkheid van wijziging van de aanbiedingsregeling bij meerderheidsbesluit, vervolgens in r.o. 5 uiteengezet waarom naar 's hofs oordeel de overgrote meerderheid van de aandeelhouders vrij was tot de onderhavige statutenwijziging te besluiten. In de desbetreffende overwegingen ligt besloten dat het Hof het belang van Lampe bij het in stand blijven van zijn uit de aanbiedingsregeling voortvloeiende rechten heeft afgewogen tegen de belangen van de overgrote meerderheid der aandeelhouders en van de onderneming, welke afweging ten nadele van Lampe is uitgevallen. Aldus heeft het Hof geen rechtsregel geschonden. 's Hof's overwegingen zijn niet onbegrijpelijk en behoeften geen verdere uitwerking.'

Het laat zien dat het aangaan van een besloten ledenverhouding niet onwrikbaar betekent dat wijziging tot in lengte van dagen niet meer tot de mogelijkheden zou behoren.¹²³⁸ Kantelmomenten horen er dus bij.

Maeijer schrijft in zijn noot bij het arrest het volgende:

'Uit de onderhavige uitspraak van de Hoge Raad volgt alleen dat de vraag of het besluit (tot statutenwijziging) van de algemene vergadering in strijd is met de goede trouw, geen andere vraag is dan die of het handelen in strijd is met de in art. 2:7 bedoelde redelijkheid en billijkheid. De norm vervat in art. 2:7 (= art. 8-nieuw) behoudt haar waarde indien de vernieti-

¹²³⁸ OK 21 juni 2012, ARO 2012, 108 (Rofitec).

ging van een besluit van een orgaan van een rechtspersoon niet in het geding is.

Hetzelfde geldt met betrekking tot de samenloop met de uit art. 1401 voortvloeiende eis van de zorgvuldigheid, een onderwerp waarop de advocaat-generaal in zijn conclusie niet ingaat. Er was slechts vernietiging gevorderd van het betreffende besluit; daarbij was ook aangevoerd dat het besluit jegens Lampe onrechtmatig was. R.o. 3.2 van het onderhavige arrest houdt slechts in dat indien het handelen van de algemene vergadering tot uitdrukking komend in het besluit tot statutenwijziging niet in strijd is met de jegens Lampe in acht te nemen goede trouw of redelijkheid en billijkheid, dit handelen c.q. besluit van de rechtspersoon ook niet in strijd is met de jegens Lampe bestaande zorgvuldigheid. Dit betekent dat de aldus in de interne verhoudingen binnen de rechtspersoon in acht te nemen ongeschreven normen van de redelijkheid en billijkheid die belangenafweging impliceren (zie ook art. 3:12 NBW), niet verschillen van de in dit opzicht geldende ongeschreven normen van onzorgvuldigheid of in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen betamelijkheid (zie art. 6:162 lid 1 NBW). Vgl. in dit verband Smarius in WPNR 5608 met de daar besproken literatuur.

In hoger beroep was de vordering van Lampe tegen de vennootschap vermeerderd met een eis tot vergoeding van de door hem geleden schade. Zie cassatiemiddel sub 12 r.o. 3.8 van het arrest Hoge Raad. Nu van onrechtmatigheid volgens het (impliciete) oordeel van het Hof geen sprake was, zou ook deze eis, indien het hof op dit punt uitdrukkelijk uitspraak had gedaan, moeten zijn afgewezen.

Uit de benadering van de Hoge Raad volgt dat omgekeerd de vernietiging van een besluit van de algemene vergadering wegens schending van de jegens een aandeelhouder in acht te nemen redelijkheid en billijkheid, wel strijd met de maatschappelijke betamelijkheid of onzorgvuldigheid kan opleveren jegens die aandeelhouder (aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 NBW is dan vanzelf voldaan). Er zal dan een schadevergoedingsplicht zijn van de vennootschap aan wie het onrechtmatig handelen van het vennootschappelijk orgaan toerekenbaar is (art. 6:163 lid 3), mits er natuurlijk sprake is van door de onrechtmatige daad geleden schade. Ook een handelen van een orgaan van een rechtspersoon geheel los van een besluitvorming (men lette op de uitdrukking “het totale handelen” in r.o. 3.2 van het arrest) zal kunnen leiden tot een aan de rechtspersoon toerekenbare onrechtmatige daad. En daarnaast bestaat dan onder bijzondere omstandigheden de mogelijkheid dat de leden van het besluitvormend orgaan in privé op grond van een in het besluit tot uitdrukking komend onrechtmatig handelen aansprakelijk zijn jegens een of meer aandeelhouders. Zie HR

4 jan. 1963 (Dr. Scholten) NJ 1964, 343, waaruit wij echter kunnen leren dat indien het genomen besluit niet in strijd wordt geacht met de jegens een aandeelhouder in acht te nemen redelijkheid en billijkheid, een schadevergoedingsplicht van de betrokken bestuurders en commissarissen in prive wegens hun onrechtmatig handelen al gauw zal afstuiten op het relativiteitsvereiste. Zie voor een onrechtmatige daad van een commissaris jegens een bestuurder (lichtvaardige schorsing): HR 22 dec. 1961 (Ariens-van de Loo), NJ 1962, 43.'

De conclusie in de tweede alinea:

'Dit betekent dat de aldus in de interne verhoudingen binnen de rechtspersoon in acht te nemen ongeschreven normen van de redelijkheid en billijkheid die belangenafweging impliceren (zie ook art. 3:12 NBW), niet verschillen van de in dit opzicht geldende ongeschreven normen van onzorgvuldigheid of in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen betamelijkheid'

is niet helemaal zuiver. De Hoge Raad overweegt alleen maar, zoals Maeijer zelf ook aanhaalt, dat als een besluit in overeenstemming is met de goede trouw er *dan* geen ruimte meer is voor toetsing aan de jegens Lampe betamende zorgvuldigheid. Dat betekent alleen dat belangenafweging door de rechter die leidt tot het oordeel dat sprake is van handelen c.q. besluitvorming te goede trouw betekenis heeft voor de vraag of in strijd met de betamelijkheid wordt gehandeld (wat dan dus volgens de Hoge Raad niet het geval kan zijn).

In negatieve zin is het dus heel goed mogelijk dat belangenafweging leidt tot de conclusie dat gehandeld of besloten wordt in strijd met de goede trouw, terwijl dat niet leidt tot strijd met de betamelijkheid in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW. Maeijer erkent dat ook gelet op de vierde alinea en het daarin opgenomen woord 'kan':

'Uit de benadering van de Hoge Raad volgt dat omgekeerd de vernietiging van een besluit van de algemene vergadering wegens schending van de jegens een aandeelhouder in acht te nemen redelijkheid en billijkheid, wel strijd met de maatschappelijke betamelijkheid of onzorgvuldigheid kan opleveren jegens die aandeelhouder (aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 NBW is dan vanzelf voldaan).'

en het vervolg van de alinea, welke vervolg voor het navolgende nog betekenis heeft.

Het voorgaande betekent dat niet kan worden volgehouden dat de Hoge Raad de normen van redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 lid 1 BW op één lijn stelt met

Hoofdstuk 3

de normen van maatschappelijke zorgvuldigheid van art. 6:162 BW en niet dat zodra een gedraging in strijd is met art. 2:8 lid 1 BW, zij ook onrechtmatig is en zij schadeplichtigheid jegens een bij de organisatie betrokkene doet ontstaan.

Deze conclusie stemt overeen met de eigen functie en betekenis van de eisen van redelijkheid en billijkheid zoals beschreven in hoofdstuk 1, paragraaf 1.5 en hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.

Ook het omgekeerde zou mogelijk kunnen worden volgehouden, maar tegelijk geldt dat het maken van dit soort vergelijkingen een zekere onzinnigheid heeft. Degene die beroep doet op beide schendingen (strijd met redelijkheid en billijkheid en strijd met maatschappelijk betamelijkheid) doet er goed aan belang en functie van de respectieve acties alsmede de er door wet en jurisprudentie aan gestelde eisen goed te onderscheiden en ze niet *zonder meer* te koppelen. Dat geldt voor alle combinaties van mogelijke acties (artikel 2:9 BW, 2:138/2548 BW, 2:350 BW, 6:162 BW) en vooral steeds opnieuw de relativiteit van de geschonden norm (strekt de norm tot bescherming van het geschonden belang?) en de positie van de rechtspersoon als zelfstandig drager van rechten en plichten goed in beschouwing te nemen en uiteente zetten. In voorkomende gevallen zal toch moeten worden uitgelegd *waarom* en *met welk doel* onrechtmatig handelen ook in strijd met de redelijkheid en billijkheid moet worden geacht.

Terugkerende naar de ‘Lipsum’-casus leidt het voorgaande tot de conclusie dat naar analogie van het arrest *NOM/Willemsen* inderdaad kan worden volgehouden dat waar de wettelijke bepalingen met betrekking tot bevoegdheid, besluitvorming en vertegenwoordiging in combinatie met de ‘*Reynders/McKinney*’ aanvullende betekenis van artikel 2:8 lid 1 BW strekken tot het beschermen van het belang van D. Beheer en D., D. Beheer onder omstandigheden met succes (1) een vordering uit onrechtmatige daad jegens B. als bestuurder van Lipsum B.V. en (2) een vordering tegen B. Beheer als mede-aandeelhouder kan instellen tot verhaal van de door D. Beheer door de geschetste transactie geleden schade.

Sterker: (3) D. beschikt als volledige zeggenschapshouder in D. Beheer over de mogelijkheid van een rechtstreekse actie jegens B. als volledige zeggenschapshouder in B. Beheer conform de lijnen van het *Costa Blanca*-arrest¹²³⁹ en de arresten *Van Waning/Van der Vliet* en *Romme/Bakker*¹²⁴⁰ en wel op basis van de uitgangspunten van de besloten ledenverhouding. Natuurlijk is hiervan niet de bedoeling te betogen dat schade dubbel kan worden verhaald. Wel is hiermee

¹²³⁹ HR 23 november 2012, LJN BX5881, RvdW 2012, 1473, concl. A-G Timmerman (*Costa Blanca*).

¹²⁴⁰ HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (*Van Waning/Van der Vliet*) en HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (*Romme/Bakker*).

duidelijk wat de lijnen en patronen zijn. Dat is wat analyse van de rechtsverhouding ‘boven over/onder langs’ laat zien.

Tot slot van de paragraaf nog een fraaie overweging uit het arrest van het Hof Arnhem in het arrest *Van Drooge qq./Van Heek*:¹²⁴¹

‘10. Het beeld dat aldus naar voren komt is, dat Van Heek in de jaren 1973–1975 ten nauwste betrokken is geweest bij, (mede) leiding heeft gegeven aan en zich heeft vereenzelvigd met het bij Holding in die jaren gevoerde beleid, alsook dat beleid heeft uitgevoerd. Hij draagt mitsdien rechtstreeks verantwoordelijkheid voor het hiervoor in r.o. 6 sub b, d en e omschreven complex van handelingen.

11. Op die rechtstreekse en persoonlijke verantwoordelijkheid van Van Heek voor een beleid met inbegrip van de uitvoering daarvan, dat neerkomt op stelselmatige uitholling van het vermogen van Heka en verzwaring van haar lasten, baseert het Hof zijn oordeel dat Van Heek zich, ook naar de toentertijd bestaande opvattingen, onrechtmatig tegenover Heka heeft gedragen. Het Hof acht die onrechtmatigheid met name hierin gelegen dat Van Heek heeft gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid en met normen van maatschappelijk/vennootschappelijk behoren (onderstreping P), die hij als directeur en aandeelhouder van Holding ten opzichte van – de door deze volledig gecontroleerde – Heka in acht had behoren te nemen, door de volgende, in onderling verband en samenhang te beschouwen gebeurtenissen:’

Dan volgt een opsomming. Waar Van der Grinten terecht schreef dat de vennootschappelijke zorgvuldigheidsnorm van artikel 2:9 BW (2:7 BW oud) geen andere is dan die van artikel 1401 BW (oud),¹²⁴² kan op basis van het voorgaande worden volgehouden dat lidmaatschapsrechtelijke betamelijkheid als grondnorm naar de aard van de lidmaatschapsverhouding uitdrukking vindt in de bijzondere regelingen van artikel 2:8 lid 1 BW, 2:9 BW, 2:138/248 BW en 2:350 BW. Maar het kan ook betekenen dat ter bepaling van de inhoud van hetgeen naar de zorgvuldigheid in het vennootschappelijk verkeer betaamt wordt gerefereerd aan hetgeen – bijvoorbeeld als voorovereenkomst – tussen partijen in de contractuele sfeer vast staat.

¹²⁴¹ Vgl. r.o. 11 Hof Arnhem 22 januari 1986, NJ 1988, 476 (*van Drooge q.q./Van Heek*).

¹²⁴² Van der Grinten 1982, p. 201, Maeijer 1976, p. 98.

Conclusie

Het voorgaande laat zien dat de wijze van benadering bij de beoordeling van de houding van in een besloten ledenverhouding betrokkenen in geval van opzegging ‘boven over’ (zie de *GRMIC*-casus) en ‘onder langs’ (zie (*Cab Truck Trading/Sfida Logistica c.s.*) hetzelfde kan en moet zijn. De betamelijkeisen in de onderlinge rechtsverhouding – de besloten ledenverhouding – zijn in beide gevallen sterk vergelijkbaar in de zin dat zij dezelfde belangen beogen te beschermen.

Het maakt bij de beoordeling van aan de rechtspersoon toe te rekenen beleid ook niet uit of het gaat om gedrag ‘boven over’ of ‘onder langs’.

Het betekent dat aan te leggen aansprakelijkheidsmaatstaven bij opzegging ‘boven over’ die ontijdig, rauwelijks, zonder redelijke termijn, zonder compenserende maatregelen, kortom: dus zonder rekening te houden met de in die verhouding betrokken gerechtvaardigde belangen, dezelfde zijn als die ‘onder langs’. Het omgekeerde geldt ook: wat onderlangs mogelijk is heeft ook betekenis voor de mogelijkheid van opzegging ‘boven over’.

Het betekent dat in 50/50 verhoudingen waar de gang van zaken ‘onder langs’ is geblokkeerd en fundamentele voorschriften op het gebied van vennootschappelijke besluitvorming en verantwoording zijn geblokkeerd, een scheidingsmelding ‘boven over’ enerzijds buitengemeen zorgvuldig gedaan en anderzijds buitengemeen zorgvuldig tegemoet getreden moet worden en serieus te nemen is. Het betekent zonder meer dat de verhouding ‘open wordt’ en dat het beide partijen in principe daardoor vrij staat de eigen aandelen te vervreemden met in achtneming van hetgeen wet, statuten en contract bepalen. Hierbij schat schrijver dezes de derogerende werking van de ontwrichting en de betekenis van de daarbij in acht te nemen goede trouw op basis van het voorgaande tamelijk sterk in.

Tegelijk geldt dat het belang van de onderneming centraal staat en de te betrachten goed trouw ten opzichte van alle betrokken belangen centrale norm is.

In dat perspectief – de melding en de manier waarop met de melding wordt omgegaan – is de toets van artikel 2:336 BW uit te voeren en de *Baremans/Muijs*- en *De Haas Ruitenberg*-benadering in combinatie met de analoge toepassing van de methodiek van de overlegscheiding bij uitstek geschikt.

Ieder handelen of nalaten is daarbij rechtens relevant en toetsbaar in het perspectief van de (doeleinden van de) besloten ledenverhouding.

Opzegging in het rechtspersonenrecht is hiermee in plaats van een door contractuele uitgangspunten georiënteerde benadering, waarin opzegging tot beëindiging of ontbinding van de contractuele relatie lijkt te moeten leiden, een instrument om vanuit het perspectief van de op de scheidingsmelder en van degene(n) aan wie de melding wordt gedaan rustende verantwoordelijkheden te komen tot een afbouw van de onderlinge relatie.

Dat kan door aan scheidingsmelding het rechtsgevolg van omzetting van ‘besloten’ naar ‘open’ te verbinden. De benadering van de problematiek is bij personenvennootschap, B.V./N.V.-quasi V.O.F., flex-B.V. en besloten coöperatie hetzelfde zij het dat soms aansprakelijkheid is gebaseerd op contract en in andere gevallen op onrechtmatige daad. De normen kunnen dezelfde zijn en strekken tot bescherming van dezelfde belangen.

Dat uiteengaan of althans aanpassing van de relatie en rechtsverhouding onvermijdelijk is als ontwrichting of krachteloos worden zich als ‘fact of life’ voordoen zou als vanzelfsprekender – als feit van algemene bekendheid – door rechter en arbiter dienen te worden aanvaard. Waar de vechtscheiding zich over de rug van de kinderen afspeelt, zouden – gelet op de dikwerf funeste gevolgen voor vennootschap en onderneming, de betrokken werkgelegenheid en van de zijde van derden betrokken belangen maar ook de kempfanen zelf wat betreft inkomen en vermogen – nogal wat in de jurisprudentie van de Ondernemingskamer betrokken partijen en hun adviseurs zich dienen te realiseren dat een hoop oplossingen door ‘overlegscheiding’ en het maken van afspraken ook buiten die Ondernemingskamer om te realiseren waren.

De in de praktijk ervaren juridisch en praktisch gezien onacceptabele inefficiëntie bij de aanpak van geschillen in besloten verhoudingen kan alleen maar worden opgelost door opzegging bij ontbreken van ‘affectio societatis’ als principieel en voortvloeiende uit de aard van de rechtsverhouding (beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking op voet van gelijkheid), net als bij duurzame ontwrichting van het huwelijk, te accepteren. Omdat het ontbreken van ‘affectio societatis’ niet objectief kan worden getoetst moet de enkele uitdrukking er van door de scheidingsmelding als zodanig worden opgevat.

De opzegging verschilt in wezen niet van ander gedrag, in die zin dat goede scheidingsmelding en adequate opzegging juist wel laten zien dat de uitgangspunten van de samenwerking in acht worden genomen. Dat geldt ook voor adequate reactie er op. Dat niet alleen bij personenvennootschappen, maar ook bij besloten beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking die in een Boek 2 BW-rechtspersoon is geïncorporeerd.

Hoofdstuk 3

CONCLUSIE

ACTIE EN INTERVENTIE

‘Slot’

Inleiding

In het voorwoord van dit boek stond de vraag: ‘waarom niet één bij de ‘interne samenhang’ in het ondernemingsrecht passende benadering van geschillen in besloten verhoudingen? Zo mogelijk in één wettelijke regeling binnen één Wetboek Ondernemingsrecht?’

In de historie van het huidige ondernemingsrecht kunnen verscheidene redenen worden gevonden waarom er niet al één zo’n geschillenregeling is. Het heeft in elk geval ook te maken met het feit dat er niet al één Wetboek Ondernemingsrecht is. Belangrijkste oorzaak van dit laatste zijn de principiële keuzes die door de respectieve ontwerpers Meijers, Van der Grinten en Maeijer zijn gemaakt.

Rechtspersoonlijkheid zou volgens die principiële keuzes alleen zijn voorbehouden aan verbanden die duidelijk onder gemeenschappelijke naam naar buiten toe optreden. Openbare vennootschappen zouden volgens Ontwerp Titel 7.13 BW van de hand van Maeijer pas rechtspersoon zijn nadat dat in een door een notaris te verlijden akte tot uitdrukking is gebracht.

Daarbij is steeds nadrukkelijk onderscheid gemaakt tussen personenvennootschappen als contracten en contractsvrijheid enerzijds en Boek 2 BW-rechtspersonen en de dwingende systematiek van Boek 2 BW anderzijds. En is voorts bij de invoering van de B.V. te weinig gedaan om deze van de N.V. te onderscheiden en haar geschikt te maken voor de beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking ‘om de hoek’.

De bedoelde principiële keuzes hebben over meer dan veertig jaar niet geleid tot een bevredigende aanpassing van Titel 9 van Boek 7A BW aan de eisen van de tijd, mede in internationaal perspectief beschouwd. Tegelijk moet worden geconstateerd dat Boek 2 BW-recht zich wel ontwikkeld heeft. Op het gebied van de persoonsgebonden samenwerking is dat in het bijzonder gebeurd door het vergrote bereik van het enquêterecht en door de invoering van de flex-regeling per 1 oktober 2012. Opmerkelijk hierbij is dat jurisprudentie op het gebied van het enquêterecht overwegend betrekking heeft op geschillen in besloten ledenverhoudingen.

Conclusie

Dat Titel 9 van Boek 7A BW niet aan de eisen van de tijd werd aangepast valt om meerdere redenen te betreuren. Er is één belangrijke reden die in de literatuur amper aandacht krijgt en die er ten opzichte van alle aandacht voor rechtspersoonlijkheidsvraagstukken bekaaid vanaf komt en dat is dat het ten onrechte is dat geschillen in besloten ledenverhoudingen binnen en buiten Boek 2 BW zo verschillend benaderd worden, zulks terwijl de betrokken inkomens- en vermogensbelangen – relatief gezien – zo vergelijkbaar zijn. Daar bestaat geen rechtvaardiging voor en het is vanuit het oogpunt van goede rechtsbedeling ook niet acceptabel – een praktijkaspect dat niet mag worden onderschat mede in aanmerking genomen het in hoofdstuk 1, paragraaf 3.5 geschetste ‘tafellaken/servet-probleem’.

Het onderzoek in dit boek maakt duidelijk dat het niet bestaan van een uniforme geschillenbenadering en -regeling niet alleen vanuit de praktijk maar ook dogmatisch beschouwd niet gerechtvaardigd en niet wenselijk is. Het verwijzen naar het verschil tussen enerzijds contract en contractsvrijheid en anderzijds Boek 2 BW-rechtspersonen dat in de literatuur steeds gebeurt, is zonder voldoende grond, het is althans niet doorslaggevend.

Verder moet worden geconstateerd dat ondernemingsrecht zich door bedoelde principiële keuzes van haar algemeen verbintenisrechtelijke uitgangspunten verwijderd heeft, verder dan nodig, waardoor voor de rechtzoekende voor de hand liggende vragen soms bijna niet te beantwoorden zijn en aan hem ook niet uit te leggen valt waarom in vergelijkbare verhoudingen in personenvennootschappen en Boek 2 BW-rechtspersonen dezelfde vragen althans in de wettelijke opzet zo verschillend worden beantwoord.

Zo’n vraag is die naar de mogelijkheid en rechtsgevolgen van opzegging en naar de betekenis van scheidingsmelding in gevallen dat simpele uittreding niet aan de orde is. Zo’n vraag is ook, als participanten in een besloten ledenverhouding van elkaar af willen – of het nu gaat om aandeelhouders in een B.V. of om compagnons in een maatschap –, wat het (juridische) kader is voor opzegging of scheidingsmelding. Zo’n vraag is ook welke gedragsnormen dan gelden. Deze vragen in het ondernemingsrecht eenvoudig te kunnen beantwoorden en tegelijk met dat ondernemingsrecht een werkende (‘preventieve werking’) rem te hebben op het af en toe zeer opportunistische gedrag dat zich in de praktijk bij kennelijk voornemen tot ‘scheiding’ voordoet, is een maat voor de kracht van het ondernemingsrecht, dus inclusief regels van procesrecht.

Daarom is een goede geschillenregeling ook geen sluitstuk op het ondernemingsrecht maar zou het een geïntegreerd onderdeel moeten zijn.

De wettelijke uitstotingsregeling is nog steeds geen goede regeling – die deur staat nog steeds open – maar de oplossing daarvoor is niet gelegen in het weder-

om aanpassen ervan maar in het vinden van passende criteria door wetenschap en praktijk voor de invulling van de relevante open normen – in het bijzonder artikel 2:8 BW en ‘goed beleid’ (waarover nog paragraaf 3 hierna).

Met de sterk te adviseren mogelijkheid van artikel 2:337 lid 2 BW – dat bepaalt dat in de statuten of een overeenkomst kan worden opgenomen dat geschillen als bedoeld in de wettelijke geschillenregeling dadelijk ter kennis worden gebracht van de Ondernemingskamer of aan arbitrage worden onderworpen – moet worden geconstateerd dat de wetgever de lont in het kruitvat van de geschillenregeling heeft gestoken. De in artikel 2:337 lid 2 BW gesuggereerde weg van arbitrage is gelet op de uit de *Groenselect* en *Silver Lining*-arresten blijkende beperkte mogelijkheid voor arbiters om adequaat op te treden niet aan te bevelen. Bovendien maakt de *Harbour*-beschikking de gang naar de Ondernemingskamer, zodra naast het schaden van het belang van de vennootschap ook sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, steeds mogelijk. Opname in statuten of contract van de rechtsgang via de Ondernemingskamer is daarom onder formulering van zowel beleids- als exit- (zie artikel 2:192 lid 1 sub c BW), waarderings- en prijsbepalingscriteria in statuten of overeenkomst aan te bevelen. Het is alleen te hopen dat de Ondernemingskamer voorbereid is op deze stroom van zaken.

Het is een situatie die in het kader van de overbelasting van de rechterlijke macht, waar de laatste tijd zoveel over te doen is, minder begrijpelijk is. Desondanks en misschien wel juist daarom is overlegscheiding voor ondernemingsrechtelijke geschillen in besloten verhoudingen een reëel alternatief. Teveel creativiteit voor het vinden van oplossingen gaat verloren in de traditionele contentieuze benadering. Overlegscheiding gaat juist niet uit van de noodzaak te komen tot vernietiging van besluiten of de toepassing van het enquêterecht. Zij zoekt de bandbreedte voor het vinden van oplossingen in overleg tussen partijen en professionals. Ook in die benadering en bij bemiddelingspogingen in het algemeen kan het nodig zijn op punten – feitelijke en rechtsvragen – een doorslaggevend oordeel te krijgen. Die vragen moeten gesteld kunnen en mogen worden en die ruimte moet door wetgever, rechter en arbiters worden gegeven. Daar bestaat belang bij en daar is het ondernemingsrecht ook ingewikkeld genoeg voor. En het kan – zo leert de praktijk – zeker zin hebben om in voorkomende gevallen op die vraagpunten snel met een rechter of arbiter te kunnen schakelen.

Het is hierbij belangrijk te zien dat het in dit boek niet alleen is gegaan om de uitkomsten van de vraag naar de betekenis van scheidingsmelding en opzegging. Die onderwerpen vormden de meetlat van het onderzoek, net zoals de vraag naar de samenhang tussen open norm, belang en actie een kader was. Het was/is met de keuze voor die onderwerpen net als met de mogelijkheden van een kerkorgel: de sterkere toon met de rechterhand op het bovenste manuaal, de zachtere toon

Conclusie

met de linkerhand op het onderste. Worden de handen gewisseld dan klinkt een ander geluid, toch blijft het hetzelfde muziekstuk en hetzelfde instrument. Naar analogie geldt dit laatste ook – dat kan niet anders – voor het wettelijke kader waarbinnen op de genoemde onderwerpen werd gevarieerd.

Waar het met name om ging was te laten zien dat het in het proportionele verantwoordingskarakter van dat ene Wetboek Ondernemingsrecht past dat aan al dan niet behoorlijke scheidingsmelding en aan al dan niet behoorlijke reactie daarop rechtsgevolgen worden verbonden. Sterker: dat scheidingsmelding toetsbaar is in het kader van een goed functioneren van de rechtspersoon. Dat in het ondernemingsrecht ruimte bestaat voor het fenomeen van de scheidingsmelding en dat weging van handelen of nalaten op de schaal van de kwaliteit van de scheidingsmelding zinvol kan zijn. Een Ondernemingskamer die zich met geschillenbeslechting in besloten ledenverhoudingen bezig houdt moet ook op dat vlak kunnen doorpakken onder voldoende procedurele waarborgen voor alle betrokkenen.

Het is belangrijk om te beseffen dat de aanleiding om dit boek te schrijven en om dat verantwoordingskader in beeld te brengen alles te maken had en heeft met een van de doelstellingen van het enquêterecht, te weten preventieve werking en het in de praktijk geconstateerde tekort daaraan. Van goede geschillenregeling gaat preventieve werking uit. Zij voorkomt opportunistisch gedrag omdat betrokken weten dat ze gecorrigeerd kunnen worden – vrij naar Louis Paul Boon.¹²⁴³ Goede geschillenregeling veronderstelt ook dat snel en effectief, maar zorgvuldig kan worden ingegrepen. Bijzonder is dat het daardoor voor de bemiddelaar ook gemakkelijker wordt zijn bemiddelende rol te spelen.

Het vervolg van deze conclusie gaat in paragraaf 1 in op de mogelijkheid om het enquêterecht op contractuele personenvennootschapsverhoudingen van toepassing te doen zijn – dat is de volgende mogelijke stroom van zaken voor de Ondernemingskamer.

Vervolgens vat paragraaf 2 de conclusies naar aanleiding van de vijf uitgangspunten afsluitend samen en gaat paragraaf 3 in op de idee van één Wetboek Ondernemingsrecht afgezet tegen de door Bulten in haar proefschrift getrokken conclusies. Een kort nawoord sluit dit boek af.

1. Enquêterecht en personenvennootschappen

¹²⁴³ 'Schop de mensen tot ze een geweten hebben.' Uit: *Mijn kleine oorlog* (1964). Onverlet dat de schopper ook zelf moet weten geschopt te kunnen worden.

Staat ter linkerzijde artikel 3:303 BW als negatief geformuleerde algemene voor het gehele vermogensrecht geldende uitdrukking van de samenhang tussen belang en actie, dan bevindt zich in het ondernemingsrecht ter rechter zijde de actie van het enquêterecht als qua interventie en derogatie meest verstrekkende uitdrukking er van. Het enquêterecht is als actie daardoor een soort uiterste picketpaal van het onderzoeksgebied dat werd beschreven in hoofdstuk 1.

Gelet op de belangrijke betekenis die het enquêterecht in de loop der jaren voor het ondernemingsrecht, althans voor het Boek 2 BW-rechtspersonenrecht, heeft gekregen, is opmerkelijk dat het niet van toepassing is op personenvennootschappen.¹²⁴⁴ Dit is opmerkelijk omdat enerzijds het enquêterecht in veel gevallen bij de beoordeling van geschillen in besloten verhoudingen terdege rekening houdt met het besloten karakter ervan en vaardigheden op dat terrein aan de Ondernemingskamer niet kunnen worden ontzegd.¹²⁴⁵ Dat is wat analyse van de ARO-jurisprudentie laat zien. Door de geschillen die in flex-B.V.'s nog gaan ontstaan wordt deze kant van het enquêterecht alleen maar versterkt.

Het is anderzijds opmerkelijk omdat personenvennootschappen over zodanige rechtspersoonlijkheidstrekken beschikken en het fenomeen van de rechtspersoonlijkheid in de zin van Boek 2 BW – artikel 2:5 BW: het zelfstandig drager zijn van rechten en plichten – een voor geschillen in besloten verhoudingen zodanig beperkte betekenis heeft dat alleen al daarom niet goed verdedigbaar is dat het enquêterecht, of een op het enquêterecht gelijkend instrument, bij gekwalificeerde geschillen in besloten verhouding alleen aan rechtspersonen in de zin van Boek 2 BW is voorbehouden.

De ‘bakker-aandeelhouder’ in de flex-B.V. kan bij een gekwalificeerd geschil met zijn medeaandeelhouder wel naar de Ondernemingskamer, de ‘bakker-vennoot’ bij een vergelijkbaar ernstig geschil met zijn medevennoot niet, terwijl de aard en intensiteit van het geschil vergelijkbaar kunnen zijn en de financiële en andere belangen, waaronder die van derden als schuldeisers en werknemers, – relatief gezien – even groot.¹²⁴⁶ Dit is in het licht van het derde uitgangspunt van dit boek niet uit te leggen.

Het in hoofdstuk 1, paragraaf 3.5 geschetste ‘tafellaken/servet-probleem’ is in dit verband serieus te nemen. De mogelijke tegenwerping dat hiervan uit de ju-

¹²⁴⁴ Vgl. hierover concl. A-G Timmerman onder 4.32-34 bij HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107 (*KPNQwest*).

¹²⁴⁵ OK 8 oktober 1998, JOR 1998, 167, OK 30 november 2000, JOR 2001, 4, nt. Van den Ingh, HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79, nt. Van den Ingh (*Zwagerman/Zwagerman Beheer*), OK 20 mei 1999, JOR 2000, 72, nt. Blanco Fernández (*Cromwilld/Versatel*), OK 27 mei 1999, JOR 1999, 121 (*Gucci III*), OK 8 mei 2002, JOR 2002, 112 (*Broadnet*) en OK 30 december 2008, ARO 2009, 7, JOR 2009, 128 (*Sunenergy*).

¹²⁴⁶ De Mol van Otterlo 2010 onder 1.2.

Conclusie

jurisprudentie niet blijkt is onzinnig. Het is typisch een praktijkprobleem dat in jurisprudentie niet steeds tot uitdrukking komt.

Het duiden van het enquêterecht als piketpaal leidt door dit simpele voorbeeld tot vragen. Want als het enquêterecht deze functie figuurlijk heeft, waar ligt dan het personenvennootschapsrecht ten opzicht van het enquêterecht en hoe verhouden deze zich tot elkaar? Of liever, bezien vanuit het onderwerp en de vijf uitgangspunten van dit boek: hoe verhoudt de onderzoeksvraag naar de samenhang tussen open norm, belang en actie bij geschillen in besloten verhoudingen die wel door het enquêterecht worden gedekt, zich tot die bij geschillen in besloten verhoudingen die niet onder het bereik van het enquêterecht vallen? Als de materiële belangen die bij die conflicten betrokken hetzelfde (zouden) zijn? Als de toepasselijke betamelijkheidsnormen dezelfde zouden zijn? Mede in aanmerking genomen de uitgangspunten van dit boek?

Het hierboven aangehaalde voorbeeld van de bakker laat onevenwichtigheid zien van materiële en van formele aard die alles te maken heeft met enerzijds het fenomeen ‘belang’ – wie kan op welke grondslag een enquête of daarmee vergelijkbare procedure opstarten, wat wil hij er mee, wat kan hij er mee bereiken en wat staat hem te wachten – en anderzijds met de spanning tussen personenvennootschapsrecht en Boek 2 BW-rechtspersonenrecht, en daarbinnen de spanning tussen besloten en open verhoudingen. Die spanning kan op een aantal manieren worden blootgelegd.

Ten eerste rijst de vraag of het überhaupt een probleem is dat het enquêterecht niet van toepassing is op personenvennootschappen. Dogmatisch beschouwd hoeft deze vraag in het perspectief van het derde uitgangspunt – dat gelijke gevallen door het recht gelijk behandeld dienen te worden – niet te worden beantwoord als het enkele feit dat samenwerking in opzet van contractuele aard is aan toepasselijkheid van het enquêterecht in de weg staat.

Gelet op de functie die het enquêterecht in besloten verhoudingen al heeft lijkt dit antwoord zonder grond, maar het zou wellicht om puristische redenen te verdedigen zijn. Een geschil in een besloten verhouding met een contractuele grondslag zou dan om die reden een andere benadering verdienen dan een geschil in een besloten verhouding die is geïncorporeerd in een Boek 2 BW-rechtspersoon. Daar zou dan in de zin van het derde uitgangspunt rechtvaardiging voor moeten bestaan. Die rechtvaardiging – zo wijst met name hoofdstuk 3 uit – is er evenwel niet, eenvoudigweg omdat de algemeen verbintenisrechtelijke uitgangspunten die aan het daar geconstrueerde model ten grondslag liggen dezelfde zijn – tenminste als het gaat om beoordeling van beleid en het gezond functioneren van de vennootschap/rechtspersoon zelf. Verder wijzen alle de ‘de rechtspersoonlijkheid constituerende kenmerken’ die kant op.

Als de kwalificatie van een rechtsverhouding als contract niet aan toepasselijkheid van het enquêterecht in de weg staat, rijst – vervolgens – de vraag of er andere redenen zijn om het enquêterecht of daarmee vergelijkbare regelingen bij geschillen in personenvennootschappen niet toepasselijk te doen zijn. Bijvoorbeeld omdat in Boek 2 BW-rechtspersonen sprake is van het voeren van beleid door bestuurders, commissarissen en/of aandeelhouders dat voor het bekende onderzoek en de bekende kwalificaties vatbaar is en het bij dat beleid uiteindelijk gaat om beleid van en toerekening aan de ‘rechtspersoon’ en personenvennootschappen nu eenmaal geen Boek 2 BW-rechtspersonen zijn.

Ook dit argument gaat zoals hoofdstuk 3 laat zien niet op. Zelfs niet als niet zou worden meegegaan met de conclusie dat personenvennootschappen geen rechtspersonen zijn is de aard van de toerekening – het ‘kunnen, mogen en moeten’ – nog wel zodanig dat de contractuele grondslag niet aan die toerekening in de weg staat.

Het gaat voorts ook niet enkel om reden van die contractuele grondslag al om een zuiver vermogensrechtelijk geschil dat aan toepassing van het enquêterecht in de weg staat. Een op het contract gebaseerde vordering kan natuurlijk wel als zodanig kwalificeren. Zodra het echter gaat om de toetsing van beleid – en scheidingsmelding en opzegging alsook de manier waarop daarop wordt gereageerd, voor en na eventuele ontbinding, kunnen kwalificeren als beleid, zo heeft hoofdstuk 3 laten zien – is van meer sprake dan alleen een zuiver vermogensrechtelijk geschil. Dat betekent dat opzegging in voorkomende gevallen binnen het kader van het enquêterecht toetsbaar is.¹²⁴⁷ Dat partijen daarna nog over aansprakelijkheid uit wanprestatie willen procederen is aan henzelf.

Ten derde is er het in hoofdstuk 1, paragraaf 3.5 geschetste ‘tafellaken/servet-probleem’ waaraan hierboven ook al kort werd gerefereerd. In die paragraaf werd opgemerkt dat het instrumentarium van het kort geding en soms mogelijk ook de ervaring van de kort geding rechter op het terrein¹²⁴⁸ tekortschieten tegenover de gelaagdheid waarover geschillen in personenvennootschappen blijken te beschikken, terwijl tegelijk geldt dat de belangen – opnieuw relatief – te groot zijn om de afloop van een bodemprocedure – anderhalf à twee jaar of langer – af te wachten. De optredende problemen zijn daardoor vaak net te dringend en de schade die betrokkenen ook hierdoor lijden net te groot.

Dit vormt op zichzelf reden om na te gaan of, als om dogmatische redenen het enquêterecht beperkt toepassingsbereik heeft en moet houden, bij geschillen in personenvennootschappen in nieuw te ontwerpen regelingen bij de regeling van het enquêterecht zou dienen te worden aangesloten, dan wel de mogelijkheden

¹²⁴⁷ OK 15 januari 2010, ARO 2010, 22 (*EXIN Asia*).

¹²⁴⁸ Hof Amsterdam 7 november 1996, KG 1997, 3 (*Gaus/Dijkshoorn*).

Conclusie

tot interventie en derogatie van de gewone rechter zouden dienen te worden vergroot. Althans als gelijke gevallen een gelijke benadering verdienen.

Die mogelijkheden zijn gelegen in het dagvaarden op verkorte termijn, in het vrijwillig gezamenlijk voor de rechter brengen van een zaak – zie artikel 96 Rv (arbitrage bij kantonrechter), – in het kunnen vragen om het houden van een regiezitting/comparitie na dagvaarding, in het ex artikel 223 RV kunnen verzoeken om voorlopige voorzieningen voor de duur van het geding, in de comparitie na antwoord en in de mogelijkheid tot aanhouding van zittingen – dus in de vorm van ‘repeteer’-zittingen nadat de scherpe kanten in een geschil door de rechter zijn afgesneden en partijen de gelegenheid hebben gekregen zelf kwesties verder te regelen, zoals in kort geding wel gebeurt – en in de afstemming tussen bodemprocedure en de mogelijkheden in kort geding, etc. De ervaring van de rechter en diens bekendheid met de specifieke vennootschapspraktijk zijn hierbij natuurlijke een belangrijke factor.

Het ontwerp van aparte regelingen is evenwel tamelijk onzinnig. Er zijn geen goede dogmatische redenen waarom het enquêterecht beperkt toepassingsbereik zou moeten houden, terwijl kennis en kunde ook op het gebied van geschillen in besloten ledenverhoudingen – straks ook als het gaat om geschillen in flex-B.V.’s – bij de Ondernemingskamer beschikbaar zijn.

Ten vierde speelt een rol de limitatieve opsomming van de op de beursgenoteerde N.V. geïnspireerde voorzieningen van artikel 2:356 BW enerzijds en de niet-limitatieve onmiddellijke voorzieningen van artikel 2:349a lid 2 BW anderzijds. De limitatieve voorzieningen van artikel 2:356 BW zijn duidelijk van institutionele aard: schorsing of vernietiging van besluiten, schorsing of ontslag van bestuurders, tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders, tijdelijke afwijking van bepalingen van de statuten, tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer en ontbinding van de rechtspersoon.¹²⁴⁹ ‘Daartegenover’ (ofschoon de term ‘daartegenover’ niet helemaal zuiver is) staat de niet limitatieve mogelijkheid van het treffen van onmiddellijke voorzieningen van artikel 2:349a lid 2 BW die zich heel bruikbaar heeft bewezen bij conflicten in besloten verhoudingen.

Met deze mogelijkheid van het treffen van onmiddellijke voorzieningen is het toepassingsbereik van het enquêterecht voor besloten verhoudingen in de loop der tijd enorm uitgebreid. Dit werd nog versterkt doordat ook zonder het onderzoek af te wachten ingrijpende en soms onomkeerbare voorzieningen kunnen worden getroffen en bepaald niet alleen ‘voor ten hoogste de duur van het geding’, zoals artikel 2:349a lid 2 BW voorschrijft.

¹²⁴⁹ HR 4 oktober 2002, ARO 2002, 160 (*Zwagerman*), concl. A-G. Wesseling-Van Gent onder 3.3 e.v.

De vraag rijst of de wettelijke regeling van artikel 2:356 BW zou moeten worden aangepast. Deze vraag moet met Bartman, Bulten, Geerts, Holzer, Leijten, Nieuwe Weme, Van der Sangen, Schouten en Willems¹²⁵⁰ bevestigend worden beantwoord. De Ondernemingskamer moet door de wetgever gelegitimeerd worden om bij geschillen in besloten ledenverhoudingen als voorziening ook de overdracht van aandelen te gelasten. Dit boek pleit er daarnaast voor om de Ondernemingskamer ook in personenvennootschappen bevoegd te maken tot het op verzoek van belanghebbenden treffen van maatregelen die nodig zijn om herstel van gezonde verhoudingen te bewerkstelligen, dan wel in het belang van de vennootschap en de verbonden onderneming noodzakelijk zijn om gezond functioneren van de vennootschap (weer) mogelijk te maken.

Vervolgens – ten vijfde: voor de mogelijkheden van het enquêterecht moet niet alleen worden gekeken naar de voorzieningen van de artikelen 2:356 en 2:349a lid 2 BW, maar ook naar de bekende doelstellingen in breder verband als voortvloeiende uit het *Ogem*-arrest: voorbeeldfunctie, preventieve werking, vaststellen bij wie de verantwoordelijkheid ligt, etc.¹²⁵¹ Voor geschillen in besloten verhouding zijn deze doelstellingen evenzeer relevant.

Vanuit de praktijk rijst bijvoorbeeld de vraag hoe zowel in gevallen waarop het enquêterecht van toepassing is en dus kennisname van de wettelijke regeling leidt tot de constatering dat voorzieningen kunnen worden getroffen, als in gevallen waarin dit niet zo is, de preventieve of voorbeeldwerking van dit soort regelingen kan worden vergroot en daardoor opportunistisch gedrag kan worden geremd. Daar bestaat ook belang bij, in individueel (vennootschappelijk) en in maatschappelijk opzicht, en het gaat daarbij niet alleen om het voorkomen van de bekende saga's¹²⁵² maar ook om het vergroten van de rem op opportunistisch handelen.

Dit laatste kan met de gedwongen overdracht van aandelen in B.V.'s en bedoelde maatregelen bij personenvennootschappen worden verbeterd. Het simpele aanknopingspunt vormt de scheidingsmelding. Die heeft rechtsgevolg: de besloten ledenverhouding wordt open en de consequenties daarvan zijn te beoordelen in het perspectief van het wettelijke, statutaire en contractuele/consensuele kader. Tegelijk is dat niet spannend: het gaat er om hoe met betrokken belangen

¹²⁵⁰ Bartman & Holtzer 2010, p. 85, Bulten 2011/1, p. 318-326, Geerts 2004/1, p. 312, Leijten & Nieuwe Weme 2012, p. 160 e.v., Van der Sangen 2008, p. 8, Schouten 2009, p. 528, e.v., Willems 2011/2, p. 167. Voor een verder overzicht van de literatuur en standpunten in deze wordt verwezen naar Bulten.

¹²⁵¹ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 465/466 (*Ogem*), HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671, nt. Maeijer (*Text Lite*), HR 18 november 2005, ARO 2005, 197, NJ 2006, 173, concl. A-G Timmerman (*Unilever*), OK 15 december 2011, ARO 2012, 9 (*Landis*).

¹²⁵² Vgl. OK 28 juni 1990, NJ 1991, 532 (*Van den Berg/Van den Berg*) en OK 7 oktober 2008, ARO 2008, 167 (*gebroeders Hooymans*).

Conclusie

wordt omgegaan. Zowel de melder als de ontvanger zijn vanaf het moment van de melding in versterkte mate onderworpen aan normen van zorgvuldigheid, het gescheiden houden van belangen en het treffen van maximale transparantie. Het zijn de uitgangspunten van de besloten ledenverhouding die dat referentiekader constitueren. De Ondernemingskamer kan handelen en nalaten dan toetsen aan de uitgangspunten van de besloten ledenverhouding als in versterkte mate beheerst door de redelijkheid en billijkheid (goede trouw).

Ten zesde een andere invalshoek. Door het Gerechtshof te Amsterdam is in kort geding – zoals al geciteerd – in hoger beroep overwogen:¹²⁵³

‘dat de Ondernemingskamer in de enquêteprocedure een gespecialiseerd college is dat, in procedures waarin wordt gevraagd een enquête in te stellen, volgens bepaalde beleidsregels te werk gaat, met inschakeling van de specifieke deskundigheid van de raden.’ (onderstreping P)

En verder:

‘Wanneer, vooruitlopend op de (resultaten van de) enquête, een onmiddellijke voorziening noodzakelijk is, kan de kamer een daartoe strekkend verzoek op een termijn behandelen die nauwelijks of niet langer is dan die welke door de president in kort geding pleegt te worden gehanteerd.’

In dit licht, zo oordeelt het Hof, is het wenselijk dat de president in kort geding, hoezeer ook naast de Ondernemingskamer bevoegd, zich terughoudend opstelt bij een verzoek om een onmiddellijke voorziening.¹²⁵⁴ Dit zijn bijzondere overwegingen in aanmerking genomen dat diezelfde voorzieningen- of bodemrechter wel verondersteld wordt conflicten in personenvennootschappen ‘aan te kunnen’.

¹²⁵³ Hof Amsterdam 7 november 1996, KG 1997, 3 (*Gaus/Dijkshoorn*) en artikel 2:349a lid 2 BW. Zulks ondanks dat in de Memorie van Toelichting waarin het SER-advies van 21 oktober 1988 over mogelijke aanpassingen van het enquêterecht nagenoeg werd overgenomen, nog stond: ‘5. *Op het punt van de voorlopige voorzieningen komt de SER tot het oordeel, dat het wenselijk is dat in de wet aan de Ondernemingskamer de bevoegdheid tot het treffen van voorlopige voorzieningen wordt toegekend. Ik kan dat oordeel onderschrijven. Eveneens ben ik het eens met het advies wat betreft de verhouding van de speciale bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot de algemene bevoegdheid van de president in kort geding. Deze laatst dient, ook ten aanzien van situaties waar een enquête is verzocht onverlet te blijven. (...)*’, Kamerstukken II, 1991-1992, 22 400, nr. 3, p. 6. Concl. A-G Timmerman onder 3.80 bij HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105 (DSM). Vgl. ook OK 18 december 2006, ARO 2007, 2 (*Cartoco*).

¹²⁵⁴ Anders De Kluiver 2006, p. 44.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Breda heeft zich in *Baremans/Muijs*-zaak en nog een paar andere zaken hiervan in ieder geval niets aangetrokken. Of althans is daaraan geen verweer ontleend.

2. De vijf uitgangspunten samengevat

De *Melchers*-, *Wennex*- en *Aurora*-benadering, wat eigenlijk de benadering van artikel 2:192 BW-oud is ('geen stortingsplicht boven het nominaal bedrag van het aandeel'), gaat niet op in besloten ledenverhoudingen. Het is zoals Raaijmakers in 1991 schreef in de bundel *'In het nu, wat worden zal'*:

*'Als geen rechten van derden in het geding zijn en er ook geen sprake is van "afstandelijke" aandeelhouders doch van een echte "quasi-personenvennootschap" dan geeft het ook geen pas zich te "verschuilen" achter de "corporate veil" en zich te onttrekken aan hetgeen waartoe partijen bij de samenwerking zich hebben gebonden.'*¹²⁵⁵

Dat is een benadering waarvan de overvloedige jurisprudentie van de Ondernemingskamer laat zien dat zij herkend wordt. Een stap verder is de vraag naar de betekenis en rechtsgevolgen van scheidingsmelding en opzegging.

In de kern gaat het bij het toekennen van rechtsgevolg aan de scheidingsmelding om hygiënisch denken. Een rechtsverhouding die kan worden aangegaan, moet ook kunnen worden beëindigd, zeker een beroeps- of bedrijfsmatige samenwerking die aan zoveel persoonlijke en zakelijke invloeden onderhevig is. In de kern is dat ook 'fact of life'. Normaal gesproken kan dat door simpele 'exit': de ver- of inkoop van aandelen, de opzegging en uittreding.

Dat het om grote financiële belangen kan gaan maakt het voortgaande niet anders. Dat aandeelhouders aandelen houden en vennoten in een personenvennootschap ook 'aandelen' houden, ook niet.

Het betekent dat ondernemingsrecht veel nadrukkelijker dan het nu doet in besloten verhoudingen met de betekenis van beëindiging en wijziging van verhoudingen als 'fact of life' rekening zou moeten houden door een 'uittreedrecht' te erkennen, bijvoorbeeld in het kader van de artikelen 2:192 en 2:192a BW. Dat doet het niet en het is niet goed dat al bij de wijziging van deze artikelen in het kader van de invoering van de flex-regeling per 1 oktober 2012 daarop zoveel kritiek mogelijk is.

¹²⁵⁵ Raaijmakers 1991, p. 213.

Conclusie

Scheidingsmelding en opzegging zijn beide, net als ieder handelen of nalaten, toetsbaar aan de uitgangspunten van de deelrechtsorde, daarbij inbegrepen de aard en inhoud van de lidmaatschaps- en ledenverhouding. Verschil met andere handelingen is dat scheidingsmelding en opzegging expliciet op beëindiging zijn gericht. Dat is niet spannend. Spannend is hoe ermee wordt omgegaan. Dat is, net als elke andere gedrag of nalaten, toetsbaar. Die toets zou over de gehele breedte aan de Ondernemingskamer als gespecialiseerde rechter moeten zijn.

Het laat de noodzaak van en mogelijkheid tot ‘evenredigheidsdenken’ onverlet.

3. Naar één Wetboek Ondernemingsrecht

Bulten voorzag in het slot van haar proefschrift in de door haar opgesomde aanbevelingen de meest vergaande daarvan van een asterisk. Dat deed ze bij vijf aanbevelingen:

1. de wettelijke geschillenregeling is van toepassing op iedere kapitaalvennootschap waarvan de aandelen niet eenvoudig verhandelbaar zijn op een gereglementeerde markt;
2. de norm voor uittreding en uitstoting moet worden veranderd in de volgende: *‘het zodanig handelen in strijd met de norm van artikel 2:8 lid 1 BW dat het aandeelhouderschap in redelijkheid niet langer kan worden geduld of gevergd’*;
3. de procedure wordt een verzoekschriftprocedure;
4. de procedure concentreert zich bij de Ondernemingskamer als enige feitelijke instantie;¹²⁵⁶
5. in de enquêteprocedure kan bij wijze van definitieve voorziening (artikel 2:356 BW) de definitieve overdracht van de aandelen worden bevoelen; voor deze voorziening behoren aanvullende procedurele waarborgen te gelden.¹²⁵⁷

Leijten en Nieuwe Weme hebben nadien voorstellen gedaan voor een uitstotings en geschillenregeling binnen het kader van het enquêterecht waarnaar hier wordt verwezen.¹²⁵⁸

¹²⁵⁶ Ook Berendsen & Westenbroek 2008, Schouten 2009, p. 528, e.v. In een wat andere invalshoek Slagter 2010, p. 357 rechterkolom. Anders Wakkie 2010, p. 219 e.v.

¹²⁵⁷ Ook Geerts 2004/1, p. 312, Van der Sangen 2008, p. 8, Schouten 2009, p. 528, e.v., Bartman & Holzer 2010, p. 85, Leijten & Nieuwe Weme 2012, p. 160 e.v.

¹²⁵⁸ Leijten & Nieuwe Weme 2012, p. 162 e.v.

In deze aanbevelingen gaat deze conclusie zonder meer mee en voegt er dus aan toe dat er één geschillenregeling ook voor personenvennootschappen – in één Wetboek Ondernemingsrecht – zou moeten komen.

Bevoegde rechter zou dienen te worden de Ondernemingskamer. Procedurele waarborgen moeten mede daarop worden uitgebreid.¹²⁵⁹

De norm voor uittreding en uitstoting zou moeten worden veranderd op de wijze zoals door Bulten voorgestaan, namelijk: *‘het zodanig handelen in strijd met de norm van artikel 2:8 lid 1 BW dat het aandeelhouderschap in redelijkheid niet langer kan worden geduld of gevergd’*.

Daarbij zou de norm van artikel 2:8 BW in brede zin moeten worden geïnterpreteerd.¹²⁶⁰ Het gaat om de grondnorm van de betamelijkheid: passend gedrag. Uitbreiding naar 6:248 BW is niet nodig omdat artikel 2:8 BW in het geval van invoering van één Wetboek Ondernemingsrecht geacht moet worden zich ook uit te strekken over rechtspersonen die contract zijn.

Niet staat hierbij de vorm voorop maar analyse van de aard van de lidmaatschapsverhouding beschouwd in het perspectief van de omstandigheden van het geval. De scheidingsmelding heeft in die lidmaatschapsverhouding de geschetste betekenis.

De goede trouw – te goede trouw om te gaan met alle betrokken belangen – verschilt niet in besloten ledenverhoudingen binnen en buiten Boek 2 BW. Het is een essentieel thema als het gaat om het ontwerp van één geschillenregeling. Hoe die belangen aankoppelen en door toepassing van welke normen voor die belangen kan worden opgekomen, via wanprestatie of onrechtmatige daad, is niet doorslaggevend voor het in stand houden van de huidige indeling.

¹²⁵⁹ Ook Veenstra 2011, p. 141 e.v. en Leijten & Nieuwe Weme 2012, p. 160 e.v.

¹²⁶⁰ Vgl. Leijten & Nieuwe Weme 2012, p. 151 die voor het enquêterecht betogen dat in beginsel elk gedrag van een aandeelhouder buiten een vergadering dat de rechtspersoon schaadt onder het berik van het enquêterecht valt.

NAWOORD

Toen ik ruim twee jaar geleden met dit boek begon had ik niet de illusie dat op het punt van opzegging en scheidingsmelding opzienbarende resultaten te behalen zouden zijn. Dat kon ook moeilijk anders gelet op het dwingende karakter van Boek 2 BW, gelet op alles wat er op het gebied van het ondernemingsrecht al geschreven was en gelet op het daarbij ontbreken van specifieke aandacht voor het fenomeen van de scheidingsmelding. Opzegging ‘in opgepoetste vorm’ en scheidingsmelding konden dus ook niet anders dan een genuanceerde betekenis hebben.

Vaker is dan ook in dit boek opgemerkt dat opzegging en scheidingsmelding niet moeten worden gezien als de heilige graal van conflictoplossing en -beheersing in besloten verhoudingen. Daar zijn het te genuanceerde fenomenen voor en daarvoor spelen teveel andere factoren een belangrijke rol.

Toch ben ik van mening dat het onterecht zou zijn om die genuanceerde plaats en betekenis aan scheidingsmelding en opzegging binnen besloten ledenverhoudingen te ontfangen. Daarvoor is die plaats voor een goed begrip van het ondernemingsrecht te belangrijk.

Doel van dit boek was het beschrijven van de samenhang tussen open normen, belang en actie en het duiden van de plaats en betekenis van opzegging en scheidingsmelding tegen de achtergrond daarvan. Belangrijke elementen in die samenhang bleken de aard en inhoud van de lidmaatschaps- en ledenverhouding als rechtsverhouding en de aard van het lidmaatschap. Tegelijk ging het om het ontvouwen van een visie, een manier van tegen het ondernemingsrecht aankijken, die behulpzaam kan zijn bij de benadering en beheersing van conflicten in besloten ledenverhoudingen. Zo wijst de Memorie van Toelichting bij de flexregeling herhaaldelijk op de mogelijkheid van correctie door toepassing van artikel 2:8 BW, maar blijft de vraag wat de toepassing van dat artikel met zich mee kan brengen. In geval dat verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard nota bene in statuten zijn vastgelegd. Wat is dan het referentiekader?

Met het voorgaande hoop ik de praktijk en de theorie dienstig te zijn geweest bij de beantwoording van dit soort vragen.

TREFWOORDENREGISTER

Aansprakelijkheid in concernverband	68, 231, 290, 310-313, 357-359 362-364, 389 e.v.
Actie (definitie)	50
Actieve reflectie	48, 66, 91, 110, 139, 150, 187, 249, 275 277, 333-337, 353, 371, 384, 387, 423
Administratie(plicht)	39, 68, 124, 182, 227, 229-231 257, 310, 324, 520
Affectio societatis	7, 18-20, 151, 157, 243, 248, 263, 328, 441
Afgeleide schade	78, 122, 286, 429
Afgescheiden vermogen	297, 308, 312, 314 e.v., 320, 324
Algemeenheid van goederen	291, 296, 314
Arbeidsovereenkomst	8, 17, 122, 182, 228, 330
Artikel 3:303 BW-belang	38, 42, 153, 211-213, 216, 219, 235, 446
Belangenvermenging	31, 32, 48, 76, 84, 92, 97, 99, 101, 115, 161 173, 185, 206, 274, 275, 312, 346, 347, 422
Bemiddelaar	30, 37, 38, 42, 43, 44, 51, 69, 131 140, 153, 181, 186, 193, 197, 223 251, 253, 268, 287, 391, 414, 446
Bemiddeling	44, 51, 56, 215, 389, 454
Benoemde gemeenschap	24, 197, 218, 269-272, 279, 322-325
Business judgment rule	47, 276, 312, 313, 352, 393
Centrale leiding	39, 80, 123, 206, 207, 303 354, 355, 389, 392, 393
Collaborative divorce	24
Commanditaire Vennootschap	76, 178, 285, 286, 358, 394, 395, 397
Concern, zie: centrale leiding	
Concurrentie	12, 16, 29, 37, 39, 52, 81, 113 132, 173, 182, 208, 245, 257, 329 334, 350, 363, 388, 416, 421, 431
Conflictbeheersing	1, 3, 11, 24, 37, 39, 40, 41, 42, 51, 55 56, 83, 150, 151, 154, 170, 180, 186 187, 193, 208, 215, 250, 276, 457
Consensuele relatie	8, 104, 244, 246, 248, 273 291, 294, 296, 297, 299, 300, 318 327, 328, 330, 331, 340, 360, 451
Contentieuze benadering	445
(Besloten) Coöperatie	18, 20, 105, 120, 150, 163, 176 180, 289, 293, 294, 295, 343, 357, 440
Coöperatieve achtergrond	22, 80, 106, 190, 228

Curator	82, 83, 224, 229, 231, 311, 354
Decharge	81, 82, 182, 222, 223, 224, 256, 354, 388
Deelgenoten	240, 270, 271, 272, 278 298, 303, 314, 322, 325
Doelgebondenheid	248, 249, 269, 270, 303, 336, 340
Dwingend recht	18, 21-23, 29, 33, 43, 54, 57 61, 138, 198, 205, 224, 232 236, 274, 252, 422, 426, 443, 457
EESV	62, 67, 76, 87, 281, 283, 285, 309
Eigen belang	15, 19, 21, 40, 70, 72, 74, 164, 165, 206 221, 251, 267, 280, 304, 353, 381, 386
Eigenrichting	40
Enquête	
- doeleinden	41, 71, 116, 158, 276, 450
- elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap	108, 161, 417
- onmiddellijke voorzieningen	86, 108, 138, 144, 146 147, 154, 158-161, 171 e.v. 187 e.v., 240, 449
- samenloop met geschillenregeling	59, 158
Faillissement	3-5, 78, 82, 89, 141, 161, 224, 229 230, 283, 299, 310, 311, 314, 315, 321 322, 323, 354, 361, 403, 410, 426, 427
Familieverhouding	79, 97, 100, 104, 106, 228, 362, 390
Flex B.V.	20, 25-27, 33, 53, 65, 75, 85, 89 91, 105, 120, 150, 163, 176, 178, 180 199, 205, 209, 227, 232, 239 263, 286, 289, 293, 294 312, 318, 340, 343, 353, 384, 440, 447, 450
Fusie	13, 80, 200, 340
Gebonden gemeenschap	248, 263, 297, 298, 314, 315
Gedragscodes in het personen- en familierecht	11, 24
Gegronde reden om aan juist beleid te twijfelen	33, 36, 41, 60, 72, 93, 99 103, 107, 108, 110, 118, 125 145, 146, 156-159, 239, 348 351, 398, 412, 417, 418, 420
Gelijkheidsbeginsel	101, 106, 192, 198, 281, 294, 317
Geschillenregeling	3, 4, 25, 30, 56, 64, 85, 89, 90, 112 151, 161, 198-200, 215, 289, 295 321, 443, 444, 445, 446, 454, 455

Goede trouw	
– inhoud begrip	29, 113, 209, 240, 241, 244, 304
– precontractuele	213, 333, 334, 337, 388
Goodwill	27-29, 78, 244, 307, 329
	330, 332, 333, 334, 337, 388
Groep(sverhouding), zie: centrale leiding	
Handelsnaam	293, 323, 420
<i>Haviltex</i> -criterium	60, 88 e.v., 120, 236, 253
	284, 334, 339, 386, 412
Herroeping	11-14, 52, 56, 215, 255, 256, 260
Het ‘zo ver niet laten komen’ uitgangspunt	332 e.v.
Hoofdelijk verbonden vennoten	305, 306, 309, 310, 324
	329, 357, 358, 359, 405, 420
Impasse	23, 39, 82, 107, 115, 117, 118
	126, 132, 134, 141, 144, 146, 148
	156-158, 169, 171, 172, 177
	187, 189, 204, 231, 234, 239, 252
	255, 290, 293, 337, 349, 400, 410
Informatieplicht	227, 229, 328, 345
Inkoop	9, 10, 21, 52, 453
Inschrijving	68, 306, 310, 316, 323-326, 365
Institutionele opvatting	63, 88, 90, 121, 127, 161, 162
	205, 304, 340, 401, 409, 410, 450
Interpretatie	1, 2, 28, 36, 38, 43, 51, 89, 90, 91
	106, 176, 211, 213, 219, 253, 365
Intuitu personae	7, 8, 11, 14, 24, 243, 247, 336, 357
Jaarrekening	68, 71, 80, 83, 183, 214, 222, 224
	227, 229, 230, 283, 310, 342
Joint venture	18, 22, 72, 79, 89, 90, 95, 100
	107, 119, 149, 160, 184, 190, 199
	228, 234, 262, 302, 392, 395, 397
Klarende werking	267 e.v.
Kort geding	39, 44, 126, 127, 131, 133, 136, 138
	141, 144, 148, 149, 152, 153, 161, 170
	171, 218, 251, 268, 272, 273, 280
	337, 348, 372, 374, 375, 377, 382
	399, 402, 424, 432, 449, 451, 452
Krachteloos	6, 7, 167, 262, 263, 268, 269, 351, 430, 440
Kwijting	82, 253

Lakmoesproef van het faillissement	82, 311, 354, 361
Lidmaatschap	
- overdraagbaarheid	10, 77, 87, 151, 200, 322
- uitwisselbaarheid	7, 8, 9, 12, 13, 14, 59, 64, 75, 85, 88
- vermogensrecht	10, 77
Lidmaatschapsverhouding	6, 104-115, 119, 123, 124
	131, 137, 139, 150, 163, 166, 170
	181, 198, 222, 225, 228, 234, 242
	251, 255, 286, 294, 301, 302, 338
	349, 350, 352, 384, 386, 389, 402, 454
Mandaat	22, 81, 82, 222, 243, 25
	256, 257, 343, 346, 421
Mededelingsplicht	36, 325, 333, 343
Minnelijke regelingen voor de Ondernemingskamer	42, 53, 138, 191
Misbruik van recht	17, 109, 123, 163, 212, 312
	324, 342, 358, 361, 405, 408
Nakoming	2, 3, 4, 17, 27, 28, 38, 50, 51, 56, 61
	72, 103, 164, 213, 215, 216, 233, 235
	236, 246, 247, 252, 257, 261, 263, 265
	268, 273, 275, 277, 278, 282, 300, 306, 307
	328, 335, 344, 345, 353, 374, 423
Niet-ontvankelijkheid	42, 65, 130, 131, 157, 199, 212
	213, 216, 217, 235, 236, 424
Normatieve uitleg	69, 115, 139, 178, 191, 231, 264, 276, 284
	287, 310, 312, 315, 350, 360, 364
Notaris	171, 179, 258, 272, 283, 306, 311, 316, 317
	318, 319, 320, 321, 365, 385, 386, 443
Onbenoemde gemeenschap	218, 269, 270, 271, 272, 279, 314, 324, 325
(On)betamelijk	12, 35, 49, 63, 64, 69, 107, 109, 110
	111, 112, 113, 114, 131, 136, 139, 165, 170
	192, 219, 229, 248, 264, 265, 295, 311, 312
	333, 336, 338, 339, 343, 360, 362, 389, 394
	419, 421, 431, 436, 437, 438, 439, 448, 454
Onderhandelingen	24, 39, 70, 109, 213, 276
	370, 373, 397, 403, 407, 415, 432
Onderlinge regeling tot samenwerking	73, 228
Onderzoeker	50, 93, 108, 145, 146, 147, 160, 191, 240
Onderzoeksplicht	35, 101, 249
Ongeschreven recht	16, 79, 109, 110, 119, 120, 122
	226, 300, 304, 337, 343, 345, 354
	376, 405, 429

Onmiddellijke voorzieningen	33, 39, 108, 117, 138, 144, 145 146, 154, 159, 160, 161, 171, 175 178, 201, 280, 348, 417, 424, 450, 452
Ontslag	2, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 46, 52 56, 116, 133, 165, 169, 182, 183, 184 188, 191, 215, 226, 227, 240, 256 340, 342, 348, 375, 376, 377, 378, 379 380, 381, 382, 383, 385, 386, 387, 388 398, 411, 423, 425, 429, 430, 431, 450
Ontwerp Titel 7.13 BW	20, 21, 62, 67, 76, 87, 155, 305, 325
Onverschuldigde betaling	216
Onvoorziene omstandigheden	412
Onzijdig persoon	272
Opdracht	22, 81, 129, 216, 217, 219, 220, 221, 222 223, 224, 225, 245, 256, 266, 304, 330, 340 343, 344, 370, 390, 399, 402, 403, 404, 409
Open begrip (definitie)	50
Open norm (definitie)	50
Openheid (transparantie)	22, 31, 101, 116, 136, 142, 185 206, 274, 346, 359, 384, 393, 398, 414 417, 423, 451
Oprichting	51, 62, 66, 68, 70, 84, 87, 194, 200, 283 306, 367, 368, 372, 373, 377, 378, 379, 384, 385, 386, 387, 388, 403, 404
Oproepingstermijn	33, 424
Opschorting	424
Overleg scheiding	24, 25, 69, 414, 440, 441, 445
Personen- en familierecht	6, 11, 24, 25, 44, 92, 95, 96, 97 99, 100, 106, 112, 149, 150, 215, 250
Persoonsgebonden	4, 5, 7, 14, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 31 77, 79, 88, 89, 91, 106, 125, 127, 150 151, 247, 266, 270, 287, 286, 292 300, 302, 304, 315, 336, 341, 443
Precontractuele fase	213, 333, 334, 337, 388
Procesrecht	41, 42, 210, 274, 281
Rechterlijke rechtsvinding	49, 215
Rechtsdrager	88, 291, 296, 305, 306 307, 308, 309, 310, 314, 316
Rechtsverwerking	84
Rechtszekerheid	200, 202
Rechtvaardiging vermogensrechtelijk beleid	79, 110, 300, 301, 303, 337, 340 343 e.v., 352, 353, 354, 356, 419

Redelijke aanwijzingen	221, 227, 303
Regresrecht	329
Rekening en verantwoording	79, 216, 217, 300, 328, 337, 342, 343 344, 345, 346, 352
Rekenplicht	328, 343, 344, 352
Romeins recht	18, 221, 241, 244, 245 246, 252, 298, 307, 317, 343
Schorsing	2, 50, 52, 56, 116, 137, 141, 188, 191, 215 226, 227, 240, 348, 436, 450
Splitsing	58
Statutaire doel	122, 123, 227, 236, 312, 346, 358
Stemrecht	6, 57, 72, 73, 74, 75, 80, 81 102, 118, 191, 206, 283, 340
Stichting	75, 286
Titel van beheer	144, 145, 146, 147, 148, 190, 191, 240, 348, 450
‘Überrimae fidei’	29, 113, 209, 240, 241, 244, 304
Uitkoop	11, 13, 58, 91, 191, 406, 408
Vage norm, zie: open norm	
Verdeling	14, 48, 49, 51, 59, 69, 86, 88, 102 135, 151, 171, 176, 178, 179, 184 200, 218, 231, 236, 238, 244, 253 254, 268, 269, 271, 272, 274, 279, 283 308, 313, 314, 330, 335, 338, 344, 345
Vereffening	7, 15, 20, 179, 180, 194, 196 197, 263, 264, 279, 280, 315
Vereniging	5-13, 17, 29, 45, 62, 63, 66, 67, 70 74, 75, 77, 85, 87, 104, 120, 163, 212 221, 236, 238, 270, 271, 283, 295 306, 317, 318, 321, 326, 330, 336
Verkeersopvattingen	15, 139, 323, 324, 325
Vermogensrechtelijk beleid, zie: rechtvaardiging	
(Ver)nietig(baar)heid	122, 131, 202, 214, 233, 235, 236, 319, 366
Vertegenwoordiging	6, 43, 64, 66, 75, 80, 81, 82, 140 177, 200, 227, 228, 300, 305 307, 316, 322, 349, 355, 361 373, 383, 412, 418, 428, 432, 438
Vertrouwen	13, 16, 22, 84, 120, 126, 128, 134, 152, 184 185, 213, 222, 241, 243 e.v., 248 e.v., 262 267, 300, 302, 304, 331, 332, 333, 336, 338 350, 366, 369, 371, 372, 387, 388, 413, 433

Verzuim	1, 35, 36, 51, 83, 110, 122, 123 230, 268, 310, 312, 323, 324, 423
Voortzettings- en verblijvensbeding	14, 240, 227
Voorzieningen	
- ex artikel 2:356 BW	86, 108, 116, 117, 144 145, 146, 147, 148, 149, 154, 160, 161 162, 177, 191, 201, 240, 348, 427, 450, 454
- onmiddellijke, zie: onmiddellijke voorzieningen	
Waarde en prijs	9, 12, 26, 27, 40, 54, 97, 126, 138 139, 140, 143, 144, 145, 146, 186, 187 204, 347, 348, 351, 391, 392, 400 403, 404, 406, 407, 409, 411 412, 413, 414, 418-426, 433
Wanbeleid	41, 50, 60, 69, 71, 72, 82, 86, 93, 94, 97 101, 108, 110, 116, 117, 146, 147 154, 158, 160, 169, 217, 239, 279, 349, 426
Wanprestatie	121, 122, 167, 168, 170, 233, 257, 259, 263 277, 278, 334, 345, 421, 449
Wetboek Ondernemingsrecht	21, 44, 59, 163, 316, 327, 365, 443
Winst	61, 71, 72, 73, 74, 78, 86, 96 137, 138, 139, 183, 205, 253, 318 329, 333, 334, 344, 391, 396
Zaakwaarneming	22, 216, 221, 343
Zorgplicht	36, 48, 207, 259, 312
Zorgvuldigheid	13, 22, 31, 33, 46, 49, 62, 77, 92 95-114, 129, 134, 150, 170, 181, 185, 186 192, 206, 208, 219, 226, 228, 239, 265 275, 281, 311, 313, 333, 338, 361, 363 363, 378, 389, 419, 429-439, 451

JURISPRUDENTIE

Hoge Raad

HR 26 november 1897, W. 7074 (<i>Boeschoten/Besier</i>)	297, 308, 314
HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (<i>Lindenbaum/Cohen</i>)	334
HR 7 januari 1927, NJ 1927, 621 (<i>Mulder/NV Amsterdamsche Bank</i>)	353
HR 20 december 1929, NJ 1930, p. 183	82
HR 24 juni 1932, NJ 1932, p. 1587 (<i>Letterie/Holzhuizer</i>)	120
HR 8 april 1937, NJ 1937, 640 (<i>Kersten/Mantel</i>)	76, 284, 305
HR 7 maart 1941, NJ 1941, 738 (<i>Kuyten/Kuyten</i>)	166, 169, 259, 268
HR 30 juni 1944, NJ 1944, 465 (<i>Wennex</i>)	40, 74, 135
HR 3 december 1948, NJ 1949, 358 (<i>Geldersch Dagblad/Drukkerij De Graafschap</i>)	169, 170
HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 (<i>Forumbank</i>)	103, 205, 304
HR 15 november 1957, NJ 1968, 67 (<i>Baris/Riezenkamp</i>)	249
HR 13 november 1959, NJ 1960, 472 (<i>Melchers</i>)	74, 135
HR 3 december 1971, NJ 1972, 117 (<i>Jan Luycken</i>)	367, 369, 371
HR 28 juni 1975, NJ 1957, 514 (<i>Erba/Amsterdamsche Bank</i>)	359, 363, 364
HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (<i>Quint/Te Poel</i>)	30
HR 18 december 1959, NJ 1960, 121 (<i>De Gouw/De Hamer</i>)	283, 308, 310
HR 19 februari 1960, NJ 1960, 473 (<i>Aurora</i>)	135
HR 4 januari 1963, NJ 1964, 434 (<i>Scholten's aardappelmeelfabrieken</i>)	277
HR 30 oktober 1964, NJ 1965, 107 (<i>Mante</i>)	31, 33, 34
	47, 120, 220, 424
HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 (<i>Booy/Wisman</i>)	249
HR 10 januari 1968, NJ 1968, 134 (<i>Ontvanger/Fondsen Unie N.V.</i>)	295
HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 (<i>Wijsmuller</i>)	75, 76
HR 14 november 1969, NJ 1970, 283 (<i>Van Blaaderen/Van Dijk</i>)	265
HR 3 december 1971, NJ 1972, 338 (<i>X/Y</i>)	343
HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 (<i>Van der Beek/Van Dartel</i>)	249
HR 5 november 1976, NJ 1977, 586 (<i>Moret, Gudde, Brinkman</i>)	283, 308, 310
HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (<i>Bunde Erckens</i>)	50
HR 15 april 1977, NJ 1978, 163 (<i>Staalcom/Neher</i>)	63
HR 13 maart 1981, NJ 1981, 442 (<i>Hilders/De Galan</i>)	249
HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (<i>Ermes/Haviltex</i>)	88
HR 26 juni 1981, NJ 1982, 1 (<i>V.O.F. Van den Broek</i>)	369
HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 (<i>Osby</i>)	359, 363, 364
HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (<i>Plas/Valburg</i>)	213, 265, 331, 333, 337
HR 17 september 1982, NJ 1983, 120 (<i>Heufkens/Bonaventura</i>)	368
HR 12 november 1982, NJ 1983, 82 (<i>Keizer/Van Andel</i>)	249

HR 17 december 1982, NJ 1983, 480 (<i>Bibolini</i>)	278, 361
HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 375 (<i>Sjardin/Sjartec</i>)	8, 17
HR 8 juli 1985, NJ 1986, 538 (<i>X/Inspecteur</i>)	246, 317
HR 9 mei 1986, NJ 1986, 792 (<i>Keulen/BLG</i>)	275, 279, 359, 363, 364, 393
HR 16 mei 1986, NJ 1987, 206 (<i>Van den Broeke/Van der Linden</i>)	213, 248, 258, 298
HR 9 januari 1987, NJ 1987, 959 (<i>Vecolac/Juliana</i>)	7, 47
HR 23 oktober 1987, NJ 1988, (<i>VSH/Shell</i>)	333
HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 (<i>Albada Jelgersma</i>)	359, 363, 364
HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (<i>Beklamel</i>)	311, 313, 361, 363, 364
HR 20 oktober 1989, NJ 1990, 308 (<i>Ellem Beheer B.V.</i>)	223
HR 10 januari 1990, NJ 1990, 465/466 (<i>Ogem I en II</i>)	41, 71
	116, 158, 276, 451
HR 9 juli 1990, NJ 1991, 51 (<i>Sluis BV</i>)	63, 86, 91, 120
	136, 156, 159, 413
HR 8 februari 1991, NJ 1991, 338 (<i>Schurer</i>)	343
HR 17 mei 1991, NJ 1991, 645 (<i>Lampe/Tonnema</i>)	111, 235, 429, 431
HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742 (<i>Mattel/Borka</i>)	213, 214, 254, 259, 260, 333
HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (<i>Nimox/Van den End qq.</i>)	233, 275, 276, 279, 359
	361, 362, 363, 364, 393, 430
HR 13 december 1991, NJ 1992, 279 (<i>gebr. Van den Berg/Van den Berg en UVO-Lopik</i>)	401, 419
HR 27 maart 1992, NJ 1992, 377 (<i>Van Meurs/Ciba-Geigy</i>)	343
HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (<i>Van Waning/Van der Vliet</i>)	286, 293, 312, 359, 363, 364, 438
HR 11 juni 1993, NJ 1993, 713 (<i>Brens qq./Sarper</i>)	83
HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 (<i>Mattel/Borka</i>)	333
HR 8 december 1993, NJ 1994, 273 (<i>Van den Berg/Van den Berg</i>)	40, 124, 135, 137, 170
HR 31 december 1993, NJ 1994, 436 (<i>Van den Berge/Bootlieden</i>)	120, 232, 235
HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 (<i>Romme/Bakker</i>)	69, 286, 293, 312, 359, 363, 364, 438
HR 27 oktober 1994, NJ 1996, 167 (<i>Muller/Muts</i>)	120
HR 18 november 1994, NJ 1995, 170 (<i>NBM/Securicor</i>)	85
HR 2 december 1994, RvdW 1994, 262 (<i>Elisabeth A.J./Johannes P.J.</i>)	343, 352
HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (<i>Poot/ABP</i>)	45, 78, 193, 214
	226, 277, 285, 429
HR 8 december 1995, NJ 1996, 274 (<i>K./G.S.</i>)	79, 300, 301
	313, 337, 343, 344
HR 26 januari 1996, NJ 1996, 377 (<i>D.V. en W. J.H./Raad voor de Kinderbescherming</i>)	42

HR 22 maart 1996, JOR 1996, 45 (<i>Mediasafe I</i>)	84, 123
HR 31 mei 1996, NJ 1996, 694 (<i>Lampe/Videoworks</i>)	11, 45, 51, 65, 84, 111 120, 158, 167, 212, 222 235, 243, 244, 278, 335, 385
HR 29 november 1996, NJ 1997, 345 (<i>Van Andel/Chipshol Forward</i>)	63, 80, 84, 119, 120, 219 311, 362, 367, 369, 370, 372
HR 3 januari 1997, NJ 1998, 127 (<i>Prudential Bache Securities Holland Inc./ Diepgrond</i>)	90
HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (<i>Staleman/Van de Ven</i>)	123, 226
HR 2 mei 1997, NJ 1998, 348 (<i>Kip/Rabo</i>)	45, 78, 193, 214 277, 285, 429
HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671 (<i>Text Lite</i>)	71, 116, 158, 451
HR 29 mei 1998, NJ 1998, 641 (<i>Elinga/Britisch Wool</i>)	265
HR 11 september 1998, NJ 1999, 191 (<i>Rabobank/Minderhoud q.q.</i>)	84, 123
HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (<i>Van Aalten/VU</i>)	41, 116, 212, 236
HR 29 januari 1999, JOR 1999, 86 (<i>Campina Melkunie</i>)	8
HR 11 september 1999, JOR 1998, 146 (<i>Mediasafe II</i>)	84, 123
HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (<i>Latour/De Bruijn</i>)	91, 104, 115, 262, 264
HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 (<i>Oosterhof</i>)	276, 281, 361
HR 8 september 2000, NJ 2000, 604 (<i>V.O.F. Cento Nederland B.V. i.o./Cento B.V. en Van Delzen</i>)	269, 270, 272, 298
HR 27 september 2000, NJ 2000, 653 (<i>Gucci</i>)	159
HR 19 oktober 2001, JOR 2002, 5 (<i>SkyGate</i>)	116, 120, 160, 180, 232, 275
HR 21 december 2001, NJ 2001, 217 (<i>VJV/Staat</i>)	212
HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 (<i>Sobi/Hurks</i>)	224, 226, 231, 312 359, 361, 363, 364
HR 1 februari 2002, NJ 2002, 225 (<i>De Vries Robbé Groep</i>)	83
HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79 (<i>Zwagerman</i>)	22, 79, 89, 90, 92, 94 104, 107, 150, 333, 390, 447
HR 2 mei 2002, JOR 2002, 111 (<i>Joral</i>)	84, 116, 123, 160
HR 31 mei 2002, NJ 2003, 342 (<i>B/K</i>)	333, 388
HR 12 juli 2002, JOR 2002, 160 (<i>IDM/Ensing</i>)	276, 281, 361
HR 4 oktober 2002, ARO 2002, 160 (<i>Zwagerman</i>)	90, 92, 96, 181, 450
HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (<i>Schwandt/BPF</i>)	84, 122, 223, 226 229, 232, 311, 361, 427
HR 21 februari 2003, NJ 2003, 182 (<i>HBG</i>)	28, 353, 393, 417
HR 21 februari 2003, ARO 2003, 39 (<i>Viba</i>)	45, 71, 86, 92 93, 108, 116, 158
HR 6 juni 2003, ARO 2003, 97 (<i>Scheipar</i>)	63, 107, 116, 159, 160
HR 16 januari 2004, NJ 2004, 184 (<i>Goglio Luigi Milano S.p.A./Luigi Goglio</i>)	91

HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 <i>Stichting Pensioen- fonds DSM-Chemie/Fox</i>	88, 89, 90
HR 12 maart 2004, OR 2004, 133 <i>(Bolinj/Vreijling B.V.)</i>	14
HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519 <i>(Duplicado)</i>	83, 84, 123
HR 9 juli 2004, NJ 2005, 496 <i>(Hoevers/Van Dijk)</i>	89
HR 21 januari 2005, NJ 2005, 126 <i>(Hoffman)</i>	120, 138
HR 4 februari 2005, ARO 2005, 27 <i>(Landis)</i>	80, 83, 93, 392
HR 8 april 2005, NJ 2006, 443 <i>(Laurus)</i>	114, 137, 144, 159, 170
HR 15 april 2005, NJ 2005, 483 <i>(Ciris/Bartelink)</i>	17
HR 15 april 2005, NJ 2005, 484 <i>(Eggenhuizen/Unidek Volumebouw)</i>	17
HR 29 april 2005, ARO 2005, 75 <i>(Polisol)</i>	83
HR 24 juni 2005, ARO 2005, 104 <i>(Holland Venture)</i>	83
HR 12 augustus 2005, BR 2006, 82 <i>(CBB/JPO)</i>	213, 265, 331, 333
HR 18 november 2005, ARO 2005, 197, NJ 2006, 173 <i>(Unilever)</i>	71, 83, 93, 103, 109 116, 117, 159, 160, 451
HR 1 september 2006, ARO 2006, 160 <i>(Emba)</i>	32, 47, 48 92, 99, 128, 338
HR 29 september 2006, NJ 2006, 639 <i>(Marsman/The Mill Resort)</i>	357
HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 2 <i>(Van Schilt/Jansen)</i>	230
HR 10 november 2006, NJ 2007, 561 <i>(Groenselect)</i>	4, 31, 42, 88 154, 155, 199, 201
HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 <i>(Ontvanger/x)</i>	311, 312, 361
HR 15 december 2006, ARO 2007, 1 <i>(Backers en Zoon)</i>	79, 92, 93, 103 111, 115, 119, 349
HR 16 februari 2007, JOR 2007, 112 <i>(Tuin Beheer/ Houthoff Buruma)</i>	78, 193, 285, 429
HR 30 maart 2007, ARO 2007, 68 <i>(ATR)</i>	40, 93, 130
HR 30 maart 2007, NJ 2007, 293 <i>(Rebel)</i>	159
HR 9 juli 2007, ARO 2007, 81 <i>(TCA)</i>	80, 190, 238, 345
HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 <i>(ABNAMRO)</i>	237, 353, 393, 417, 419
HR 14 september 2007, NJ 2007, 612 <i>(Tele2 Finance)</i>	353, 393
HR 12 oktober 2007, ARO 2007, 164 <i>(Masselink)</i>	108, 156
HR 2 november 2007, JOR 2007, 302 <i>(Kessock/SFT Bank)</i>	78, 193, 285, 429
HR 14 december 2007, JOR 2008, 11, NJ 2008, 105 <i>(DSM)</i>	64, 76, 85, 101, 106, 116, 159, 160, 234, 451
HR 14 december 2007, NJ 2007, 611 <i>(Versatel II)</i>	158, 353, 393
HR 11 januari 2008, RAV 2008, 26 <i>(Harendorp/Kooij en Van Aerle)</i>	51
HR 29 februari 2008, NJB 2008, 686 <i>(Shell Nederland Verkoopmaatschappij)</i>	213, 265, 331, 333
HR 14 maart 2008, ARO 2008, 56 <i>(Begemann)</i>	32, 98, 338
HR 21 maart 2008, NJ 2008, 297 <i>(Nieuwe Steen Investments)</i>	83
HR 25 april 2008, NJ 2008, 394 <i>(man/vrouw)</i>	14, 25

HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 (<i>Willemsen en Willemsen Beheer B.V./NOM</i>)	45, 122, 214, 123, 226, 229 232, 277, 311, 361, 427
HR 27 februari 2009, NJ 2009, 318 (<i>X./Aerts q.q.</i>)	206, 312, 324, 361
HR 26 juni 2009, ARO 2009, 107 (<i>KPNQwest</i>)	40, 44, 71, 72, 83, 93 94, 116, 117, 144, 159 162, 164, 180, 131, 446
HR 23 oktober 2009, JOR 2010, 4 (<i>Fduw/Ramsley</i>)	88, 89, 90
HR 19 februari 2010, NJ 2010, 115 (<i>ING Bank/Bera Holding</i>)	368
HR 26 maart 2010, NJ 2010, 189 (<i>ING/Z.</i>)	312, 359, 364
HR 16 april 2010, ARO 2010, 65 (<i>AHAM</i>)	8, 83, 102, 108, 129, 160 162, 171, 172, 174, 189, 191
HR 25 juni 2010, NJ 2010, 373 (<i>A./Dingemans qq.</i>)	224
HR 25 juni 2010, ARO 2010, 114, NJ 2010, 370 (<i>e-Traction</i>)	172, 188, 191
HR 9 juli 2010, NJ 2010, 544 (<i>ASMI</i>)	129, 238, 345, 346, 353, 393
HR 10 september 2010, ARO 2010, 140 (<i>Butôt Holding</i>)	32, 48, 98, 100, 174, 339
HR 10 september 2010, ARO 2010, 143 (<i>LCI</i>)	83, 175
HR 25 februari 2011, NJ 2011, 335 (<i>Inter Access Groep</i>)	120, 129, 139, 159, 160 180, 205, 232, 248, 275, 372
HR 8 april 2011, ARO 2011, 66 (<i>TESN</i>)	116
HR 6 juni 2011, JOR 2011, 282 (<i>Synpact Holding</i>)	160
HR 8 juli 2011, NJ 2011, 306 (<i>Emba</i>)	43
HR 2 september 2011, NJ 2012, 75 (<i>dierenartspraktijk</i>)	65, 89, 120, 197, 244, 248, 252 266, 294, 297, 304, 314, 329
HR 28 oktober 2011, RvdW 2011, 1311 (<i>gemeente de Ronde Venen/Stedin</i>)	13, 91, 104, 115, 262, 264
HR 13 januari 2012, ARO 2012, 19 (<i>B.E.K. Holding/De B. Holding en Klarenbeer Beheer</i>)	127, 349
HR 23 maart 2012, ARO 2012, 48, JOR 2012, 141 NJ 2012, 393 (<i>e-Traction</i>)	116, 146, 159, 160
HR 30 maart 2012, ARO 2012, 53 (<i>ASMI</i>)	43, 71, 93
HR 23 november 2012, LJN BX5881, RvdW 2012, 1473 (<i>Costa Blanca</i>)	123, 311, 313 363, 364, 369, 430, 438

Gerechtshoven

Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 1958, NJ 1958, 624 (<i>Winters/Winters</i>)	14, 15, 168, 180, 259, 260, 276, 279
Hof Den Haag 24 mei 1968, NJ 1969, 439 (<i>Hoogendam/Hoogendam</i>)	167, 259, 263, 264

Hof Den Haag 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (<i>Reynders/McKinney</i>)	31, 33, 34, 47 120, 235, 278, 422
OK 26 mei 1983, NJ 1984, 481 (<i>Linders Beheer</i>)	84, 123
OK 13 juli 1983, NJ 1984, 570, 571 (<i>Hyster</i>)	180, 275, 279, 355, 393
Hof Arnhem 22 januari 1986, NJ 1988, 476 (<i>Van Drooge q.q./Van Heek</i>)	110, 113, 170, 228, 239, 361, 438
OK 20 april 1989, NJ 1991, 205 (<i>Best Golf & Country</i>)	51, 156
Hof Arnhem 26 mei 1992, NJ 1993, 182 (<i>Uniwest Group/Van Klaveren</i>)	219, 236, 426
OK 22 oktober 1992, NJ 1993, 411 (<i>Van Eyk/Van Eyk</i>)	132
Gerechtshof Amsterdam 16 maart 1995, JOR 1996, 54 (<i>Lensen/Ramp</i>)	113, 388, 431
Hof 's-Hertogenbosch 29 april 1997, NJkort 1997/39 (<i>Campina Melkunie</i>)	8
OK 20 november 1997, JOR 1998, 26A (<i>Hooymans/Hooymans</i>)	133
OK 8 oktober 1998, JOR 1998, 167 (<i>Cromwilld/Versatel</i>)	90-100
Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 1999, NJ 1999, 743 (<i>Wighers/De Jong</i>)	127
OK 20 mei 1999, JOR 2000, 72 (<i>Versatel</i>)	63, 80, 89, 90, 94 107, 119, 228, 447
OK 20 mei 1999, JOR 2000, 72 (<i>Cromwilld/Versatel</i>)	90-100
OK 27 mei 1999, JOR 1999, 121 (<i>Gucci</i>)	49, 63, 80, 89, 90, 111 113, 120, 157, 207, 285, 447
OK 12 november 1999, JOR 1999, 137 (<i>Directie AGV</i>)	53, 138
Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2001, NJ 2002, 99 (<i>Kuijpers/The Greenery International</i>)	8
OK 20 september 2001, JOR 2001, 226 (<i>Bot Bouw</i>)	53, 138
OK 15 november 2001, JOR 2002, 6 (<i>Decidewise</i>)	120, 180, 232, 275
OK 10 januari 2002, ARO 2002, 8 (<i>In Venture Capital/ Elenses B.V.</i>)	107, 158, 177
OK 10 januari 2002, ARO 2002, 18 (<i>Viba</i>)	93, 222
OK 21 januari 2002, ARO 2002, 19 (<i>HBG</i>)	28, 47, 51
OK 31 januari 2002, ARO 2002, 4 (<i>Grote Hoef Beheer</i>)	207
OK 22 februari 2002, ARO 2002, 34 (<i>RNA</i>)	36, 39, 101 128, 416, 418
OK 28 februari 2002, ARO 2002, 29 (<i>Triple P</i>)	130
OK 18 april 2002, ARO 2002, 51 (<i>Mega Electra Groep Amsterdam B.V.</i>)	83
OK 25 april 2002, ARO 2002, 54 (<i>Kai San Holding</i>)	82, 107
OK 29 april 2002, ARO 2002, 68 (<i>Tactron Holding</i>)	417
OK 8 mei 2002, JOR 2002, 112 (<i>Broadnet</i>)	90, 95, 100, 115
OK 22 mei 2002, ARO 2002, 52 (<i>Mega Electra Groep Amsterdam B.V.</i>)	97
OK 22 mei 2002, ARO 2002, 59 (<i>Laurus</i>)	230

OK 2 mei 2002, ARO 2002, 80 (<i>Goglio Luigi Milano S.p.A./</i> <i>Luigi Goglio</i>)	91, 115, 119
OK 12 juni 2002, ARO 2002, 63 (<i>Inter Xion Holding</i>)	116, 160
OK 28 juni 2002, ARO 2002, 91 (<i>Blokland Techniek</i>)	97, 130
OK 2 juli 2002, ARO 2002, 93 (<i>Engineering Systems International</i>)	417
OK 2 juli 2002, ARO 2002, 94 (<i>Sytec</i>)	415, 416
OK 5 juli 2002, ARO 2002, 95 (<i>Hussen's Beheer</i>)	91, 108
OK 16 juli 2002, ARO 2002, 110 (<i>ZSB Groep</i>)	416
Hof's-Hertogenbosch 18 juli 2002, JOR 2002, 202 (<i>Zon Holding/Peter Hendriks Grubbenvorst</i>)	126, 127
OK 23 juli 2002, ARO 2002, 111 (<i>IMD</i>)	116, 160
OK 25 juli 2002, ARO 2002, 114 (<i>Crescendo</i>)	97, 189
OK 26 juli 2002, ARO 2002, 121 (<i>Masa Transportation</i>)	79, 99, 234
OK 29 juli 2002, ARO 2002, 123 (<i>Sport en</i> <i>Racketcentrum Rottemeren</i>)	116, 130, 160
OK 30 juli 2002, ARO 2002, 125 (<i>Janson Holding</i>)	79, 97, 416
OK 31 juli 2002, ARO 2002, 128 (<i>Polyplus Holding</i>)	83
OK 1 augustus 2002, ARO 2002, 129 (<i>Mali Zevenaar Beheer</i>)	73
OK 7 augustus 2002, ARO 2002, 113 (<i>Exploitatiemaatschappij</i> <i>De Rote Bergen</i>)	189, 206
OK 13 augustus 2002, ARO 2002, 13 (<i>Scheipar</i>)	107, 130
OK 29 augustus 2002, ARO 2002, 151 (<i>Case Packing</i> <i>Sales Europe</i>)	79, 107, 158, 415, 417
OK 26 september 2002, ARO 2002, 153 (<i>Technofast</i>)	188, 416
OK 9 oktober 2002, ARO 2002, 154 (<i>Crescendo</i>)	181, 189
OK 16 oktober 2002, ARO 2002, 155 (<i>Modemagazijnen</i>)	83, 97
OK 24 oktober 2002, ARO 2002, 172 (<i>Tjip</i>)	107
OK 31 oktober 2002, ARO 2003, 1 (<i>ZDS Trading and Real Estate</i>)	189, 417
OK 4 november 2002, ARO 2002, 175 (<i>Scheepswerf Groot</i>)	189
OK 26 november 2002, ARO 2002, 178 (<i>Translift Nederland</i>)	97, 416
OK 29 november 2002, JOR 2003, 8 (<i>Alcas</i>)	120, 180, 232, 275
OK 2 december 2002, JOR 2003, 38 (<i>Artemis/Intersong</i>)	129, 157, 348
OK 2 december 2002, ARO 2002, 182 (<i>MicroCash</i>)	97
OK 2 december 2002, ARO 2002, 183 (<i>Erts Jura Investments</i>)	97, 130
OK 12 december 2002, ARO 2003, 4 (<i>Ed Ros & Wanink B.V.</i>)	18, 31
	79, 97, 415
OK 16 december 2002, ARO 2003, 5 (<i>Advertising Post Holding</i>)	107, 165
OK 20 december 2002, ARO 2003, 6 (<i>BRI Groep</i>)	189
OK 31 december 2002, ARO 2003, 8 (<i>Easy World Airline Holdings</i>)	80
OK 31 december 2002, ARO 2003, 9 (<i>Kruisheer Elffers B.V.</i>)	80, 107, 130
OK 30 december 2002, ARO 2003, 18 (<i>Aesculaap Beheer</i>)	97, 222, 416
OK 6 februari 2003, ARO 2003, 34 (<i>S.H.G.P.</i>)	82, 97, 415
OK 11 februari 2003, ARO 2003, 36 (<i>Kempenaars/Coppens</i> <i>Papierrecycling</i>)	79, 97, 130

OK 13 februari 2003, ARO 2003, 40 (<i>Hooymans</i>)	181
OK 5 maart 2003, ARO 2003, 51 (<i>Makelaardij Huis 77</i>)	168, 177, 384
OK 7 maart 2003, ARO 2003, 52 (<i>Willem III Meubilering Beheer</i>)	168, 177, 348
OK 13 maart 2003, ARO 2003, 47 (<i>Corus</i>)	303
OK 18 april 2003, ARO 2003, 80 (<i>RNA</i>)	51, 72, 93, 158 206, 207, 342, 346
OK 22 april 2003, ARO 2003, 73 (<i>Wehberg Holding</i>)	157
OK 23 april 2003, ARO 2003, 76 (<i>Diana Analysis</i>)	130
OK 24 april 2003, ARO 2003, 77 (<i>Emba</i>)	92, 181
OK 1 mei 2003, ARO 2003, 81 (<i>Bosbo</i>)	101
OK 4 juni 2003, ARO 2003, 94 (<i>Interieurbouw Tom</i>)	97
OK 5 juni 2003, ARO 2003, 96 (<i>Schrums</i>)	98, 415
OK 6 juni 2003, ARO 2003, 98 (<i>Mc Veldt Beheer</i>)	107, 189
OK 20 juni 2003, ARO 2003, 110 (<i>B&S Heilo Holding</i>)	107, 189, 348
OK 27 juni 2003, ARO 2003, 113 (<i>Johnny Hoes</i>)	98, 130
OK 7 juli 2003, ARO 2003, 114 (<i>Johema</i>)	157
OK 11 juli 2003, ARO 2003, 126 (<i>Pimco</i>)	98, 102, 130, 158, 415
OK 14 juli 2003, ARO 2003, 128 (<i>Wireless</i>)	102, 421
OK 31 juli 2003, ARO 2003, 130 (<i>Citylens</i>) ⁴	5, 83, 86, 98, 130, 142
OK 1 augustus 2003, ARO 2003, 131 (<i>NIBO</i>)	129, 130
OK 4 september 2003, ARO 2003, 136 (<i>Fletcher Hotel</i>)	58, 161
OK 22 september 2003, ARO 2003, 159 (<i>IHD Airport Services</i>)	83, 415
OK 25 september 2003, ARO 2003, 160 (<i>Aannemings- maatschappij Zeelandia Curaçao en Laepersveld</i>)	168 230
OK 16 oktober 2003, ARO 2003, 168 (<i>Laurus</i>)	129
OK 16 oktober 2003, ARO 2003, 169 (<i>Laurus</i>)	82, 159
OK 30 oktober 2003, ARO 2003, 174 (<i>Landis</i>)	98
OK 27 november 2003, ARO 2004, 1 (<i>Riant Holding</i>)	
OK 28 november 2003, ARO 2003, 184 (<i>Best Advice Financiële Dienstverlening</i>)	58, 157
OK 5 december 2003, ARO 2003, 185 (<i>Van Doorn Corporate Development Group</i>)	130
OK 10 december 2003, ARO 2003, 186 (<i>ERU Beheer</i>)	98, 102, 107
OK 24 december 2003, ARO 2004, 10 (<i>IMD</i>)	100
OK 30 december 2003, ARO 2004, 4 (<i>NCAM</i>)	157, 398
OK 5 januari 2004, ARO 2004, 5 (<i>Polisol</i>)	83, 116, 130
OK 19 januari 2004, ARO 2004, 22 (<i>VA Holding</i>)	157
OK 20 januari 2004, ARO 2004, 19 (<i>Oceanmotive</i>)	157
OK 23 januari 2004, ARO 2004, 20 (<i>Trial</i>)	98, 173, 175, 413
OK 3 februari 2004, ARO 2004, 34 (<i>Headscanning Patent</i>)	171, 188
Hof Amsterdam 11 maart 2004, JOR 2004, 190 (<i>Pitlo/Booij</i>)	127
OK 24 maart 2004, ARO 2004, 41 (<i>De ZorgZaak Holding</i>)	130, 171, 188
OK 7 april 2004, ARO 2004, 52 (<i>Clamor Holding</i>)	117, 172, 188
OK 9 april 2004, ARO 2004, 53 (<i>Rotomat</i>)	157

OK 15 april 2004, JOR 2004, 162 (<i>Maruna</i>)	53, 138
OK 28 april 2004, ARO 2004, 64 (<i>SCUA Holding</i>)	99, 172, 188
OK 10 mei 2004, ARO 2004, 70 (<i>Willem III Meubilering Beheer</i>)	53, 169
OK 18 mei 2004, ARO 2004, 75 (<i>Van Ginneken Makelaardij</i>)	31, 79, 182, 398
OK 19 mei 2004, ARO 2004, 76 (<i>Welgelegen</i>)	98, 172, 174, 188, 416
OK 30 juni 2004, ARO 2004, 89 (<i>Decidewise</i>)	71, 83, 116
OK 23 juli 2004, ARO 2004, 97 (<i>Costa Rica Project Management</i>)	45, 98, 99, 174
OK 18 augustus 2004, ARO 2004, 106 (<i>CNA</i>)	31, 79, 99, 174, 184, 234
OK 2 september 2004, ARO 2004, 107 (<i>Getronics</i>)	46, 47, 69, 130
OK 16 september 2004, ARO 2004, 116 (<i>Dutch Waste Solution</i>)	53
OK 29 september 2004, ARO 2004, 118 (<i>Duofor</i>)	130
OK 1 oktober 2004, ARO 2004, 119 (<i>Autogroep Twente</i>)	171, 188
OK 18 oktober 2004, ARO 2004, 130 (<i>NIBO</i>)	129, 172
OK 29 november 2004, ARO 2004, 147 (<i>Aesculaap Beheer</i>)	188
OK 21 december 2004, ARO 2004, 145 (<i>Unilever</i>)	71, 101, 160
OK 23 december 2004, ARO 2005, 3 (<i>C&P USA Parts</i>)	53
OK 4 januari 2005, ARO 2005, 5 (<i>Het Bouwbureau</i>)	80, 98, 99, 392
OK 5 januari 2005, ARO 2005, 9 (<i>SHGP</i>)	83, 98, 99, 415
OK 6 januari 2005, ARO 2005, 7 (<i>Ahold</i>)	116
OK 7 januari 2005, ARO 2005, 8 (<i>X Holding</i>)	97, 98, 106, 112
OK 20 januari 2005, ARO 2005, 16 (<i>Thematec</i>)	53
OK 28 januari 2005, ARO 2005, 18 (<i>Projectontwikkeling Friesland</i>)	93, 169, 188
OK 2 februari 2005, ARO 2005, 25 (<i>SCUA Holding</i>)	53
OK 7 februari 2005, ARO 2005, 26 (<i>SCUA Holding</i>)	117
OK 11 februari 2005, ARO 2005, 28 (<i>A.C.I.</i>)	53
OK 14 februari 2005, ARO 2005, 31 (<i>BSM</i>)	128, 416
OK 28 februari 2005, ARO 2005, 34 (<i>Dodo</i>)	31, 80, 112, 13
	158, 188, 392, 415
OK 1 maart 2005, ARO 2005, 36 (<i>SKON</i>)	117, 189
OK 11 maart 2005, ARO 2005, 37 (<i>Samlerhuset Group</i>)	98
OK 15 maart 2005, ARO 2005, 41 (<i>Emba</i>)	92, 181
OK 22 maart 2005, ARO 2005, 62 (<i>Landis Group</i>)	83
OK 24 maart 2005, ARO 2005, 53 (<i>CBR</i>)	98, 117, 189
OK 24 maart 2005, ARO 2005, 54 (<i>A.C.I.</i>)	188
OK 25 maart 2005, ARO 2005, 57 (<i>Ogilvy</i>)	31, 101, 130
OK 25 maart 2005, ARO 2005, 59 (<i>Euroyal</i>)	53, 117
OK 25 maart 2005, ARO 2005, 61 (<i>QI</i>)	418
OK 20 april 2005, ARO 2005, 64 (<i>CallActive</i>)	99
OK 27 april 2005, ARO 2005, 77 (<i>Dolphin Watercompany</i>)	31, 188, 189, 190
OK 4 mei 2005, ARO 2005, 76 (<i>Broerse</i>)	98, 188
OK 4 mei 2005, ARO 2005, 113 (<i>Unilever</i>)	102
OK 25 mei 2005, ARO 2005, 83 (<i>Dyna Music</i>)	117, 169

OK 25 mei 2005, ARO 2005, 84 (<i>Florimarx</i>)	80, 117, 130, 158, 392, 398
OK 25 mei 2005, ARO 2005, 85 (<i>Audilux</i>)	157
OK 26 mei 2005, ARO 2005, 87 (<i>Taxi Centrale Amsterdam</i>)	31, 99, 130
OK 20 juni 2005, ARO 2005, 97 (<i>Firma W. van 't Hart & Zonen Holding</i>)	31, 53, 98, 418
OK 21 juni 2005, ARO 2005, 98 (<i>Knapen Trailers</i>)	130, 188
OK 23 juni 2005, ARO 2005, 100 (<i>Crux Engineering</i>)	53
OK 24 juni 2005, ARO 2005, 101 (<i>Meepo Holding</i>)	117
OK 24 juni 2005, ARO 2005, 102 (<i>Force Europe</i>)	99, 416
OK 7 juli 2005, ARO 2005, 116 (<i>GHL Industries</i>)	53
OK 14 juli 2005, ARO 2005, 125 (<i>Makelaardij Huis 77</i>)	53
OK 14 juli 2005, ARO 2005, 140 (<i>Happy Hour</i>)	53
OK 19 juli 2005, ARO 2005, 118 (<i>Bouwburo</i>)	47, 99, 174, 413
OK 20 juli 2005, ARO 2005, 119 (<i>Broere Holding</i>)	117, 171, 172, 189
OK 20 juli 2005, ARO 2005, 120 (<i>DWSS</i>)	107, 188
OK 22 juli 2005, ARO 2005, 121 (<i>Arthromed</i>)	69, 98, 171, 188
OK 28 juli 2005, ARO 2005, 142 (<i>Models-Int</i>)	53
OK 29 juli 2005, ARO 2005, 144 (<i>Great!Company</i>)	98, 413
OK 29 juli 2005, ARO 2005, 146 (<i>Maroeska Metz</i>)	117, 172, 174, 188, 413
OK 1 augustus 2005, ARO 2005, 148 (<i>Dyna Music</i>)	144, 175
OK 1 augustus 2005, JOR 2005, 266 (<i>Curamedical Holding</i>)	80, 117, 171, 172, 392
OK 2 augustus 2005, ARO 2005, 155 (<i>Denkers TNG</i>)	130, 398
OK 4 augustus 2005, ARO 2005, 166 (<i>NIBO</i>)	172, 174, 238, 345
OK 5 augustus 2005, ARO 2005, 159 (<i>Samlerhuset</i>)	238, 345
OK 5 augustus 2005, ARO 2005, 167 (<i>Viba</i>)	48, 238, 345
OK 18 augustus 2005, ARO 2005, 161 (<i>Dubbelhuis en De Olde Molen</i>)	31, 99, 173, 188, 338
OK 8 september 2005, ARO 2005, 186 (<i>Smit Transformatoren</i>)	98, 102, 180, 189, 238, 345
OK 8 september 2005, ARO 2005, 176 (<i>Thematec</i>)	53
OK 13 september 2005, ARO 2005, 177 (<i>Sarakreek Holding</i>)	31
OK 26 september 2005, ARO 2005, 181 (<i>AVAM-Holding</i>)	160
OK 27 september 2005, ARO 2005, 182 (<i>Versatel</i>)	31, 101, 102, 128, 186
Hof Arnhem 11 oktober 2005, JOR 2005, 294 (<i>Bruil-Kombex</i>)	84, 123
OK 1 november 2005, ARO 2005, 192 (<i>ATR Leasing</i>)	83
OK 10 november 2005, ARO 2005, 193 (<i>BRA Beheer</i>)	36
OK 15 november 2005, ARO 2005, 194 (<i>Global Green</i>)	31, 98, 99, 101, 185
OK 16 november 2005, ARO 2005, 196 (<i>UMI Beheer</i>)	102, 130
	238, 345, 393, 416
OK 24 november 2005, ARO 2005, 209 (<i>Ahold</i>)	189
OK 25 november 2005, ARO 2005, 204 (<i>Dubbelhuis</i>)	107
OK 29 november 2005, ARO 2005, 210 (<i>Dyna Music</i>)	98, 102, 108
	113, 118, 348

OK 5 december 2005, ARO 2005, 213 (<i>Broerse Beleggingen</i>)	117
OK 14 december 2005, ARO 2006, 3 (<i>Versatel</i>)	31, 99, 189, 238, 338, 345
OK 19 december 2005, ARO 2006, 5 (<i>Lambers Beheer</i>)	106, 128, 342 392, 407, 418
OK 28 december 2005, ARO 2006, 8 (<i>Noord</i>)	79, 99, 107, 156, 186, 234
OK 3 januari 2005, ARO 2006, 10 (<i>LCI</i>)	83
OK 3 januari 2006, ARO 2006, 11 (<i>Backers en Zoon</i>)	79, 92, 111, 119, 349
OK 9 januari 2006, ARO 2006, 14 (<i>KPNQwest</i>)	83
OK 11 januari 2006, ARO 2006, 26 (<i>Finoren Holding</i>)	31, 98, 101, 175, 338
OK 18 januari 2006, ARO 2006, 29 (<i>Daidalos</i>)	107, 130, 156
OK 18 januari 2006, ARO 2006, 30 (<i>Global Green</i>)	188
OK 18 januari 2006, ARO 2006, 35 (<i>Laurus</i>)	31, 48, 98, 99, 100 128, 238, 338, 345
OK 20 januari 2006, ARO 2006, 32 (<i>KIVO C.V.</i>)	164
Hof Den Haag 31 januari 2006, JOR 2006, 175 (<i>Konsensus</i>)	126, 127, 161, 348, 400
OK 1 februari 2006, ARO 2006, 46 (<i>S. van Baarsen Halfweg</i>)	31, 40, 98, 174, 338, 416
OK 16 februari 2006, ARO 2006, 47 (<i>Trial</i>)	98, 102, 188, 413, 416
OK 22 februari 2006, ARO 2006, 56 (<i>Carboply</i>)	79, 98, 99, 102, 175, 234
OK 7 maart 2006, ARO 2006, 65 (<i>T&L Verzekeringen</i>)	31, 98, 99, 338, 418
OK 10 maart 2006, ARO 2006, 60 (<i>Eleveld</i>)	171
OK 22 maart 2006, ARO 2006, 70 (<i>VDCDG</i>)	80, 392, 416
OK 24 maart 2006, ARO 2006, 71 (<i>Versatel</i>)	89, 102
OK 7 april 2006, ARO 2006, 72, JOR 2006, 208 (<i>Punching</i>)	117, 171, 188, 189
OK 28 april 2006, ARO 2006, 73 (<i>Drukkerij Bevrijding</i>)	48, 102, 349
OK 3 mei 2006, ARO 2006, 97 (<i>Bonne Route Holding</i>)	31, 80, 99, 128, 129 173, 188, 338, 392
OK 9 mei 2006, ARO 2006, 99 (<i>TriQorp</i>)	32, 40, 98, 173, 338, 416, 417
OK 30 mei 2006, ARO 2006, 105 (<i>B.W.I.</i>)	46, 173, 189
OK 30 mei 2006, ARO 2006, 106 (<i>Jachthaven Hillegersberg</i>)	130
OK 6 juni 2006, ARO 2006, 107 (<i>Park-line Holding</i>)	174, 417, 418
OK 6 juli 2006, ARO 2006, 129 (<i>Bebesbe</i>)	53
OK 12 juli 2006, ARO 2006, 131 (<i>B&M</i>)	79, 99, 107, 130 156, 160, 190, 234
OK 13 juli 2006, ARO 2006, 132 (<i>Selles Beheer</i>)	417
OK 13 juli 2006, ARO 2006, 133 (<i>Audilux</i>)	32, 47, 99, 157, 158, 338
OK 6 juli 2006, ARO 2006, 137 (<i>TCA</i>)	80, 190, 238, 345
OK 26 juli 2006, ARO 2006, 142 (<i>K&H</i>)	117, 156, 158, 171, 172, 188
OK 28 juli 2006, ARO 2006, 145 (<i>TriQorp</i>)	98
OK 2 augustus 2006, ARO 2006, 147 (<i>The Mansion</i>)	119, 158
OK 8 augustus 2006, ARO 2006, 150 (<i>Raad</i>)	157
OK 8 augustus 2005, ARO 2006, 151 (<i>Bonne Route Holding</i>)	173
OK 30 augustus 2006, ARO 2006, 152 (<i>MS Beheer</i>)	174

OK 30 augustus 2006, ARO 2006, 153 (<i>Q-Meat</i>)	174
Hof Den Bosch 19 september 2006, JOR 2007, 1 (<i>Cab Truck Trading B.V./Sfida Logistica B.V. c.s.</i>)	156, 401, 409, 411
OK 10 oktober 2006, ARO 2006, 169 (<i>Pondac Products</i>)	108, 156, 159 171, 173, 191
OK 13 oktober 2006, ARO 2006, 171 (<i>Makelaarskantoor H. Post</i>)	102, 175
OK 31 oktober 2006, ARO 2006, 172 (<i>Hartevelt Holding</i>)	79, 92, 117 172, 188, 413
OK 16 oktober 2006, ARO 2006, 173 (<i>Doorzand Medical</i>)	102, 172, 173, 188
OK 26 oktober 2006, ARO 2006, 180 (<i>VLZ</i>)	53
OK 24 november 2006, ARO 2006, 192 (<i>De Leeuw</i>)	32, 79, 92 117, 172, 189, 338
OK 24 november 2006, ARO 2006, 193 (<i>Masselink</i>)	108, 156
OK 24 november 2006, ARO 2006, 195 (<i>Elf</i>)	32, 80, 98, 99, 338
OK 27 november 2006, ARO 2006, 196 (<i>WWS</i>)	416
OK 18 december 2006, ARO 2007, 2 (<i>Cartoco</i>)	108, 117, 156, 172, 188, 451
OK 27 december 2006, ARO 2007, 4 (<i>Woudwood</i>)	98, 172, 175, 188
OK 28 december 2006, ARO 2007, 6 (<i>Begemann</i>)	32, 338
OK 28 december 2006, ARO 2007, 7 (<i>KPNQwest</i>)	129, 238, 345
OK 29 december 2006, ARO 2007, 8 (<i>VVP</i>)	80, 117, 130, 189
OK 13 december 2006, ARO 2007, 12 (<i>Daidalos</i>)	190
OK 9 januari 2007, ARO 2007, 18 (<i>FKD Vastgoed</i>)	80
OK 10 januari 2007, ARO 2007, 19 (<i>Gradus Nikkelen</i>)	111, 115, 119
OK 17 januari 2007, ARO 2007, 21 (<i>Stork</i>)	102, 116
OK 23 januari 2007, ARO 2007, 23 (<i>VDS Groep</i>)	94
OK 1 februari 2007, ARO 2007, 33 (<i>GreenSwan</i>)	80, 102, 128, 238, 345
OK 12 februari 2007, ARO 2007, 35 (<i>Versatel</i>)	102, 128
OK 28 februari 2007, ARO 2007, 43 (<i>Dutch A&A</i>)	32, 98, 130, 338, 416
OK 28 februari 2007, ARO 2007, 45 (<i>Bleijlevens Heerlen</i>)	32, 79, 92, 98, 99, 117, 174, 338
OK 28 februari 2007, ARO 2007, 46 (<i>ITPB</i>)	32, 102, 130 174, 338, 421
OK 15 maart 2007, ARO 2007, 61 (<i>Koninklijke vereniging federatie van ondernemers in het schilders-, afwerkings- en glaszetbedrijf/Cordares Holding</i>)	45
OK 21 maart 2007, ARO 2007, 66 (<i>KD</i>)	111
OK 28 maart 2007, ARO 2007, 67 (<i>DSM</i>)	10, 101, 106, 130
OK 5 april 2007, ARO 2007, 69 (<i>Heerseweg</i>)	130, 174
OK 11 april 2007, ARO 2007, 70, JOR 2007, 180 (<i>Prins Holding</i>)	120, 161, 177 180, 275, 394, 418
OK 13 april 2007, ARO 2007, 71 (<i>Vendenco</i>)	171, 173, 188
OK 19 april 2007, ARO 2007, 72 (<i>Begemann</i>)	32, 98, 99, 238, 338, 345

OK 24 mei 2007, ARO 2007, 83 (<i>KBK Beheer</i>)	47, 157, 342, 407
OK 25 mei 2007, ARO 2007, 84 (<i>MucoVax</i>)	171, 172, 189
OK 26 april 2007, ARO 2007, 96 (<i>Marish Holding</i>)	53, 58
OK 18 juni 2007, ARO 2007, 98 (<i>Rubalas</i>)	418
OK 21 juni 2007, ARO 2007, 99 (<i>Pondac Products</i>)	128
OK 21 juni 2007, ARO 2007, 100 (<i>The Greenery</i>)	80, 238, 345
OK 21 juni 2007, ARO 2007, 101 (<i>Hadenta</i>)	108, 156, 412
OK 22 juni 2007, ARO 2007, 102 (<i>Micam</i>)	32, 98, 338, 416, 417
OK 29 juni 2007, ARO 2007, 103 (<i>2H Media</i>)	157, 342
OK 26 juni 2007, ARO 2007, 108 (<i>Meepo</i>)	72
OK 20 juni 2007, ARO 2007, 110, JOR 2007, 203 (<i>CBR</i>)	102, 112, 132, 173 189, 329, 334, 416, 431
OK 12 juli 2007, ARO 2007, 119 (<i>Tulip Beheer</i>)	79, 99, 117, 234
OK 13 juli 2007, ARO 2007, 121 (<i>Villa Happ International</i>)	80, 86, 130, 392, 413
OK 16 juli 2007, ARO 2007, 122 (<i>Technoton</i>)	31, 58, 98, 102, 108 130, 154, 156, 174, 413
OK 19 juli 2007, ARO 2007, 123 (<i>T&S ZO</i>)	174
OK 20 juli 2007, ARO 2007, 124 (<i>Hogeboom</i>)	100, 190
OK 4 juli 2007, ARO 2007, 126 (<i>Samlerhuset</i>)	40, 188, 189, 238, 345
OK 19 juli 2007, ARO 2007, 129 (<i>ITIS</i>)	53
OK 23 juli 2007, ARO 2007, 131 (<i>Duizend Bergen Vastgoed</i>)	128
OK 31 juli 2007, ARO 2007, 133 (<i>Excellent</i>)	172, 191
OK 24 juli 2007, ARO 2007, 142 (<i>Van Doorn</i>)	188, 190, 416, 417
OK 9 augustus 2007, ARO 2007, 145 (<i>Pondac Products</i>)	189, 190
OK 15 augustus 2007, ARO 2007, 146 (<i>Van 't Hart</i>)	101
OK 13 september 2007, ARO 2007, 153 (<i>AMS-International</i>)	128, 160
OK 27 september 2007, ARO 2007, 161 (<i>Heem Estate</i>)	32, 98, 100, 189, 338
OK 16 oktober 2007, ARO 2007, 165 (<i>AIM Opleidingen</i>)	58, 102
OK 16 oktober 2007, ARO 2007, 166 (<i>e-Traction</i>)	172, 188
OK 5 november 2007, ARO 2007, 172 (<i>FHP</i>)	157, 174, 342, 417
OK 22 november 2007, ARO 2007, 189 (<i>Zondervan Beheer</i>)	47, 175, 418
OK 27 november 2007, ARO 2007, 190 (<i>B&A Holding</i>)	128, 174, 175, 418
OK 6 december 2007, ARO 2007, 192 (<i>Traffic IT</i>)	108, 156
OK 28 november 2007, ARO 2007, 193 (<i>Carboply</i>)	157, 175
OK 14 december 2007, ARO 2008, 2 (<i>e-Traction</i>)	160
OK 27 december 2007, ARO 2008, 6 (<i>SIM</i>)	101, 159
OK 27 december 2007, ARO 2008, 7 (<i>Flexchemie</i>)	128, 175, 418
OK 27 december 2007, ARO 2008, 8 (<i>Pool Elements Holding</i>)	80, 117, 188, 392
OK 17 december 2007, ARO 2008, 10 (<i>De Hasker</i>)	31, 47, 99, 101, 338, 416
OK 7 januari 2008, ARO 2008, 18 (<i>Delascos Holding</i>)	32, 128, 338
OK 10 januari 2008, ARO 2008, 20 (<i>PCM</i>)	31, 32, 80, 130, 338, 392
OK 10 januari 2008, ARO 2008, 22 (<i>DRBB</i>)	111

OK 29 november 2008, ARO 2008, 29 (<i>K&H</i>)	53
OK 30 januari 2008, ARO 2008, 37 (<i>Vendenco</i>)	128
OK 4 februari 2008, ARO 2008, 38 (<i>Focwa</i>)	31, 47, 102, 174
OK 8 februari 2008, ARO 2008, 39 (<i>AGT</i>)	175, 418
OK 12 februari 2008, ARO 2008, 44 (<i>Gul en Albers</i>)	108, 156, 172, 188
OK 19 februari 2008, ARO 2008, 48 (<i>Ambaflex</i>)	157
OK 26 februari 2008, ARO 2008, 49 (<i>Open Line</i>)	31, 101, 102
OK 4 maart 2008, ARO 2008, 51 (<i>ICTrack</i>)	173, 413, 417
OK 5 maart 2008, ARO 2008, 53 (<i>Kalf Beheer</i>)	25, 101, 180, 243
OK 7 maart 2008, ARO 2008, 55 (<i>Venema en Noppe</i>)	80, 102, 175, 329, 334
OK 13 maart 2008, ARO 2008, 58 (<i>Transportbedrijf De Boer</i>)	79, 92, 97, 117, 156, 175
OK 17 maart 2008, ARO 2008, 76 (<i>S&C</i>)	171, 172, 188
OK 17 maart 2008, ARO 2008, 78 (<i>VHR20</i>)	117, 188
OK 4 april 2008, ARO 2008, 80 (<i>Holystaete</i>)	102, 399, 418
OK 17 april 2008, ARO 2008, 85 (<i>ABN Amro</i>)	102
OK 24 april 2008, ARO 2008, 86 (<i>Van Loon Assurantiën</i>)	174
OK 6 mei 2008, ARO 2008, 87 (<i>Van Lent Holding</i>)	113
OK 6 mei 2008, ARO 2008, 88 (<i>Wilmont</i>)	22, 32, 48, 80, 98 100, 102, 208, 338
OK 7 mei 2008, ARO 2008, 89 (<i>Vialle</i>)	129
OK 9 mei 2008, ARO 2008, 91 (<i>Downwood</i>)	174
OK 19 mei 2008, ARO 2008, 104 (<i>Elephas</i>)	32, 100, 338, 413
OK 17 juni 2008, ARO 2008, 109 (<i>KPN Narrowcasting</i>)	47, 157, 342
OK 23 juni 2008, ARO 2008, 111 (<i>Sampan Trading</i>)	117
OK 1 juli 2008, ARO 2008, 124 (<i>Veenman Fresh Concepts</i>)	117, 171, 172, 188
OK 30 juli 2008, ARO 2008, 130 (<i>ML</i>)	160
OK 31 juli 2008, ARO 2008, 132 (<i>Welsi Holding</i>)	32, 128, 338
OK 5 augustus 2008, ARO 2008, 133 (<i>Rokin87</i>)	98, 171, 172, 188, 417
OK 5 augustus 2008, ARO 2008, 134 (<i>Sijthoff</i>)	98, 171, 190, 417
OK 19 augustus 2008, ARO 2008, 135 (<i>W.J. Grain</i>)	172, 189, 417
OK 28 augustus 2008, ARO 2008, 138 (<i>Heem Estate</i>)	101, 171, 172 184, 189, 413
OK 25 juli 2008, ARO 2008, 143 (<i>AIM Opleidingen</i>)	58, 102
OK 10 september 2008, ARO 2008, 155 (<i>Janssen Holding</i>)	32, 58, 100 101, 117, 338, 416
OK 22 september 2008, ARO 2008, 156 (<i>Friesland Vlees</i>)	418
OK 8 september 2008, ARO 2008, 159, JOR 2009, 127 (<i>e-Traction</i>)	191
OK 2 oktober 2008, ARO 2008, 161 (<i>Maxwell Holding</i>)	53
OK 3 oktober 2008, ARO 2008, 163 (<i>Autobedrijf Frons en Ter Huurne</i>)	117
OK 13 oktober 2008, ARO 2008, 164 (<i>IJsselmeerpolders</i>)	342
OK 7 oktober 2008, ARO 2008, 165 (<i>EcoVakantieParks</i>)	190
OK 7 november 2008, ARO 2008, 168 (<i>BWZ Verhuur</i>)	111, 128, 174

OK 7 november 2008, ARO 2008, 169 (<i>Triple A Holding</i>)	174
OK 7 november 2008, ARO 2008, 170 (<i>Principal</i>)	172, 174, 188, 274, 413
OK 3 november 2008, ARO 2008, 175 (<i>ICTrack</i>)	191
OK 18 november 2008, ARO 2008, 183, JOR 2009, 37 (<i>Living City</i>)	172, 189
OK 19 november 2008, ARO 2008, 185 (<i>Mens & Werk Beheer</i>)	130, 174, 188, 189
OK 24 november 2008, ARO 2008, 188, JOR 2009, 9 (<i>Fortis</i>)	237
OK 24 november 2008, ARO 2008, 190 (<i>Weblimits</i>)	172, 189
OK 3 december 2008, ARO 2008, 191 (<i>Graphic Holding</i>)	80, 172
	188, 189, 392
OK 10 december 2008, ARO 2009, 1 (<i>AHAM</i>)	83, 102, 108, 129
	171, 172, 174, 189, 191
OK 17 december 2008, ARO 2009, 3, JOR 2009, 106 (<i>MCEG</i>)	172, 173, 188, 190
OK 30 december 2008, ARO 2009, 7, JOR 2009, 128 (<i>Sunenergy</i>)	80, 91, 107, 447
OK 16 januari 2009, ARO 2009, 14 (<i>Vastgoed</i>)	160
OK 20 januari 2009, ARO 2009, 15 (<i>Barcofra</i>)	93, 116, 172, 173, 184, 189
OK 21 januari 2009, ARO 2009, 17 (<i>Blinckers</i>)	174
OK 23 januari 2009, ARO 2009, 18 (<i>MGC</i>)	48, 139, 143, 176, 418
OK 26 januari 2009, ARO 2009, 19 (<i>Fun Food</i>)	102, 117, 189, 413
OK 26 januari 2009, ARO 2009, 20 (<i>Dutch Infra Tech</i>)	128, 174
OK 21 januari 2009, ARO 2009, 24 (<i>GreenSwan</i>)	191, 238, 345
OK 2 februari 2009, ARO 2009, 32 (<i>STAK Bloem</i>)	32, 98, 175, 338, 413
OK 6 februari 2009, ARO 2009, 34 (<i>Megapower</i>)	171, 188
OK 9 februari 2009, ARO 2009, 35 (<i>Fortis</i>)	93, 176
OK 16 februari 2009, ARO 2009, 43 (<i>Hycult</i>)	102, 128, 174
OK 17 februari 2009, ARO 2009, 44 (<i>Lycos</i>)	48, 81, 128, 139, 176, 418
OK 17 februari 2009, ARO 2009, 45 (<i>Butôt Holding</i>)	32, 48, 98, 100, 174, 339
OK 12 maart 2009, ARO 2009, 49 (<i>LCI</i>)	174/175
OK 5 maart 2009, ARO 2009, 54 (<i>Elephas</i>)	172, 190
OK 16 maart 2009, ARO 2009, 56 (<i>Adfi-Sto</i>)	80, 175, 392
OK 27 maart 2009, ARO 2009, 58 (<i>Pine Digital</i>)	32, 48, 98, 100
	101, 102, 131, 339, 413
OK 8 april 2009, ARO 2009, 60 (<i>Van der Heijde Beheer</i>)	118, 189
OK 8 april 2009, ARO 2009, 61 (<i>LogiSpring Holding</i>)	46, 47, 98, 100
OK 24 april 2009, ARO 2009, 64 (<i>Allstar</i>)	32, 33, 80, 894, 98, 108
	118, 172, 190, 339, 392
Hof Arnhem 28 april 2009, LJN: BI5038 (<i>SNS Regiobank N.V./X.</i>)	212
OK 29 april 2009, ARO 2009, 66 (<i>Prominent Hoogeveen</i>)	108, 118, 172, 189
OK 29 april 2009, ARO 2009, 67 (<i>Diepenbeek Holding</i>)	118, 172, 189
OK 4 mei 2009, ARO 2009, 68 (<i>La Casserole</i>)	175
OK 8 mei 2009, ARO 2009, 76 (<i>SEQ Nederland</i>)	160, 175

OK 13 mei 2009, ARO 2009, 77 (<i>ASMI</i>)	102
OK 15 mei 2009, ARO 2009, 78 (<i>Flora Plus</i>)	32, 98, 339, 416, 417, 421
OK 20 mei 2009, ARO 2009, 79 (<i>TFE</i>)	172, 174, 189, 227
OK 29 mei 2009, ARO 2009, 82 (<i>Broekmans Assurantiën</i>)	32, 48, 98, 129, 339
OK 29 mei 2009, ARO 2009, 84 (<i>Triple E</i>)	13, 22, 32, 48, 98, 100 102, 159, 173, 190, 339
OK 4 juni 2009, ARO 2009, 85 (<i>International Kessel</i>)	106, 175
OK 4 juni 2009, ARO 2009, 86 (<i>OG Partners Groep</i>)	172, 189, 190
OK 16 juni 2009, ARO 2009, 104 (<i>Channel</i>)	130, 157
OK 3 juli 2009, ARO 2009, 115 (<i>CRV Beheer</i>)	175, 399
OK 9 juli 2009, ARO 2009, 119 (<i>Bergmont</i>)	32, 98, 339, 413
OK 17 juli 2009, ARO 2009, 121 (<i>Inquest Holding</i>)	172, 184, 189
OK 5 augustus 2009, ARO 2009, 127 (<i>ASMI</i>)	129, 238, 345
OK 21 augustus 2009, ARO 2009, 128 (<i>Exodus Holding</i>)	175
OK 25 augustus 2009, ARO 2009, 129 (<i>Biotempt</i>)	32, 108, 172, 184, 339
OK 26 augustus 2009, ARO 2009, 131 (<i>Executives</i>)	32, 47, 48, 339
OK 14 september 2009, ARO 2009, 136 (<i>Rofitec Group</i>)	171, 172 184, 188, 226
OK 24 september 2009, ARO 2009, 149 (<i>THB</i>)	53
OK 1 oktober 2009, ARO 2009, 156 (<i>PB Holding</i>)	53
OK 28 oktober 2009, ARO 2009, 160 (<i>DWS Holding</i>)	48, 138, 139 185, 264, 407, 417
OK 30 oktober 2009, ARO 2009, 161 (<i>Cancun Holding</i>)	32, 98, 174, 189, 339
OK 30 oktober 2009, ARO 2009, 163 (<i>VDHT</i>)	98, 190
OK 4 november 2009, ARO 2009, 164 (<i>3ple-Media</i>)	32, 100, 171 172, 189, 339
OK 5 november 2009, ARO 2009, 166 (<i>TESN</i>)	116
OK 9 november 2009, ARO 2009, 167 (<i>iBiz</i>)	32, 130, 339, 413, 417
OK 30 oktober 2009, ARO 2009, 172 (<i>Elephas</i>)	413
OK 13 november 2009, ARO 2009, 178 (<i>SKB</i>)	172, 184, 189
OK 19 november 2009, ARO 2009, 180 (<i>FazandtGroep</i>)	171, 172, 413
OK 30 november 2009, ARO 2009, 182 (<i>Ploeg Beheer</i>)	108, 171, 172, 190
OK 3 december 2009, ARO 2010, 1 (<i>Amtel</i>)	43
OK 24 december 2009, ARO 2010, 5 (<i>Yachtcontrol</i>)	32, 33, 175, 417
OK 31 december 2009, ARO 2010, 6 (<i>Inter Access Group</i>)	46, 102 108, 162, 171, 172
OK 7 januari 2010, ARO 2010, 16 (<i>Rubalas</i>)	53
OK 11 januari 2010, ARO 2010, 18 (<i>PR Aviation</i>)	32, 413
OK 14 januari 2010, ARO 2010, 21 (<i>De Boer Flevoland</i>)	128, 130
OK 15 januari 2010, ARO 2010, 22 (<i>EXIN Asia</i>)	130, 160, 398, 449
OK 20 januari 2010, ARO 2010, 23 (<i>Desmar</i>)	130, 175
OK 12 januari 2010, ARO 2010, 24 (<i>AHAM</i>)	83, 102, 18, 129 171, 172, 174, 189, 191
OK 21 januari 2010, ARO 2010, 31 (<i>RSB Advocaten</i>)	128, 157

OK 29 januari 2010, ARO 2010, 32 (<i>Cancun Holding</i>)	190
OK 4 februari 2010, ARO 2010, 34 (<i>VP Taxatie</i>)	53
OK 7 januari 2010, ARO 2010, 40 (<i>Helmerts Beheer</i>)	53
OK 8 maart 2010, ARO 2010, 44 (<i>Allround Cargo</i>)	101
OK 3 maart 2010, ARO 2010, 49 (<i>Océ</i>)	32, 98, 100
	101, 175, 238
OK 11 maart 2010, ARO 2010, 50 (<i>Comos International</i>)	101
OK 23 maart 2010, ARO 2010, 52 (<i>Fairmount</i>)	157, 175
OK 26 maart 2010, ARO 2010, 53 (<i>Rickley</i>)	130, 157
OK 30 maart 2010, JOR 2010, 221 (<i>B.E.K. Holding/</i> <i>De B. Holding en Klarenbeer Beheer</i>)	51, 127, 134
	349, 350, 352
OK 12 april 2010, ARO 2010, 62 (<i>Almatis</i>)	175, 418
OK 15 april 2010, ARO 2010, 64 (<i>SIV</i>)	102, 175
OK 21 april 2010, ARO 2010, 66 (<i>Fashion Holding</i>)	111
OK 22 april 2010, ARO 2010, 67 (<i>Plus Equipment</i>)	53
OK 22 april 2010, ARO 2010, 69 (<i>Jacobi</i>)	53
OK 28 april 2010, ARO 2010, 71 (<i>Cancun</i>)	101, 175
OK 29 april 2010, ARO 2010, 72 (<i>Celco</i>)	175
OK 29 april 2010, ARO 2010, 73 (<i>ZDB</i>)	129, 189
OK 3 mei 2010, ARO 2010, 82 (<i>Mulix</i>)	80, 168, 175
	392, 413, 417
OK 11 mei 2010, ARO 2010, 85 (<i>CKC</i>)	32, 40, 89, 189
OK 11 mei 2010, ARO 2010, 86 (<i>GeoMar</i>)	79, 99, 172, 188, 189, 234
OK 20 mei 2010, ARO 2010, 88 (<i>UPA</i>)	31, 32, 79, 92, 98, 100
	111, 189, 413, 417
OK 20 mei 2010, ARO 2010, 90 (<i>Sherpa</i>)	188, 189
OK 27 mei 2010, ARO 2010, 92, JOR 2010, 189 (<i>PCM</i>)	32, 47, 63, 65
	86, 100, 102, 238
OK 10 juni 2010, ARO 2010, 93 (<i>BAE</i>)	175
OK 16 juni 2010, ARO 2010, 94 (<i>Cascal</i>)	102, 238
OK 17 juni 2010, ARO 2010, 98 (<i>Allstar</i>)	168, 180
OK 23 juni 2010, ARO 2010, 101 (<i>Fast Start</i>)	157, 160, 175
OK 24 juni 2010, ARO 2010, 102 (<i>Van Oers Holding</i>)	172, 189
OK 24 juni 2010, ARO 2010, 103 (<i>Step Nederland</i>)	53
OK 29 juni 2010, ARO 2010, 104 (<i>Poststate</i>)	32, 79, 86, 92, 102, 413
OK 1 juli 2010, ARO 2010, 106 (<i>Euroroll</i>)	188, 189, 190, 413
OK 5 juli 2010, ARO 2010, 109 (<i>Van der Moolen</i>)	238
OK 8 juli 2010, ARO 2010, 110 (<i>Patchmanager</i>)	94, 128
OK 16 juli 2010, ARO 2010, 112 (<i>Boon</i>)	157, 160, 175, 392, 407
OK 16 augustus 2010, ARO 2010, 127 (<i>Lelykopters Beheer</i>)	128, 130
OK 17 augustus 2010, ARO 2010, 128 (<i>V&H</i>)	172, 184, 188, 189, 413
OK 23 augustus 2010, ARO 2010, 130 (<i>Plano</i>)	184, 189, 413
OK 2 september 2010, ARO 2010, 137 (<i>J.T.B. Beheer</i>)	53

OK 17 september 2010, ARO 2010, 141 (<i>White Sea</i>)	175
OK 29 september 2010, ARO 2010, 148 (<i>Königsberg</i>)	32, 173, 184, 190
OK 30 september 2010, ARO 2010, 149 (<i>VDB</i>)	53
OK 6 oktober 2010, ARO 2010, 151 (<i>De Leeuw</i>)	32, 79, 92, 117, 172
OK 3 november 2010, ARO 2010, 159 (<i>EADS</i>)	175
OK 15 oktober 2010, ARO 2010, 162 (<i>CRV Beheer</i>)	84
OK 28 oktober 2010, ARO 2010, 164 (<i>HvZ</i>)	53
OK 16 november 2010, ARO 2010, 170 (<i>2Link</i>)	172, 173, 184, 188, 413
OK 18 november 2010, ARO 2010, 171 (<i>WVR</i>)	173, 190, 392
OK 25 november 2010, ARO 2010, 172 (<i>ATG</i>)	130
OK 7 december 2010, ARO 2011, 1 (<i>Envitec Holding</i>)	173, 189
Hof Amsterdam 7 december 2010, JOR 2011, 249 (<i>V.O.F. LBW/Recreatie Beheer B.V.</i>)	164
OK 9 december 2010, ARO 2011, 2 (<i>Installatiebedrijf</i>)	53
OK 16 december 2010, ARO 2011, 4 (<i>Van der Linden Holding</i>)	102, 172, 188, 190, 417
OK 17 januari 2011, ARO 2011, 20 (<i>TCE</i>)	175
OK 20 januari 2011, ARO 2011, 21 (<i>KBK Beheer</i>)	53
OK 31 januari 2011, ARO 2011, 22 (<i>De Drie Bataven</i>)	175, 238
OK 31 januari 2011, ARO 2011, 29 (<i>A&D</i>)	100, 102, 159, 160, 175
OK 3 februari 2011, ARO 2011, 31 (<i>PDHK</i>)	53
OK 10 februari 2011, ARO 2011, 33 (<i>Fondsen</i>)	171, 173, 188, 189, 190, 392
OK 11 februari 2011, ARO 2011, 35 (<i>Reason Why</i>)	175
OK 14 februari 2011, ARO 2011, 36 (<i>Amtrada</i>)	32, 43, 98
OK 17 februari 2011, ARO 2011, 38 (<i>Ambiente</i>)	32, 98, 173, 189
OK 24 februari 2011, ARO 2011, 48 (<i>Sjiena</i>)	53
OK 10 maart 2011, ARO 2011, 51 (<i>[de vennootschap]</i>)	53
OK 16 maart 2011, ARO 2011, 52 (<i>EMB</i>)	173, 188, 190, 416
OK 17 maart 2011, ARO 2011, 54 (<i>BGHB</i>)	160, 175
OK 17 maart 2011, ARO 2011, 55 (<i>A&T</i>)	171, 172, 173, 188, 190
OK 17 maart 2011, ARO 2011, 57 (<i>Spaarnwoude</i>)	32, 98, 100
OK 16 maart 2011, ARO 2011, 59 (<i>Fortis</i>)	40
OK 24 maart 2011, ARO 2011, 62 (<i>Ulyanovsk</i>)	93, 175
OK 30 maart 2011, ARO 2011, 63 (<i>Muntal</i>)	32, 84, 100
OK 1 april 2011, ARO 2011, 64 (<i>SenseMakers</i>)	175, 413
OK 1 april 2011, ARO 2011, 65 (<i>Chameleon</i>)	160
OK 14 april 2011, ARO 2011, 71 (<i>ASMI</i>)	80, 89, 238
OK 14 april 2011, ARO 2011, 72 (<i>Mulix</i>)	53
OK 11 mei 2011, ARO 2011, 82 (<i>Proxy</i>)	32, 82, 98, 100
OK 24 mei 2011, ARO 2011, 84 (<i>ODE Beheer</i>)	79, 99, 160, 234
OK 25 mei 2011, ARO 2011, 85 (<i>Rhodes</i>)	161, 191
OK 26 mei 2011, ARO 2011, 86 (<i>Effice</i>)	53
OK 30 mei 2011, ARO 2011, 87 (<i>Meavita</i>)	72, 116, 117, 392
OK 31 mei 2011, ARO 2011, 88 (<i>Grand Winston</i>)	173, 190

OK 6 juni 2011, ARO 2011, 94 (<i>Synpact</i>)	32, 79, 80, 86, 99, 100 160, 189, 234, 418
OK 15 juni 2011, ARO 2011, 97 (<i>Rickley</i>)	32, 173, 191, 303
OK 21 juni 2011, ARO 2011, 99 (<i>Bouwvak Nederland</i>)	83
OK 21 juni 2011, ARO 2011, 104 (<i>Markerink</i>)	32, 79, 92, 99, 112, 413
OK 21 juni 2011, ARO 2011, 106 (<i>Bactoforce Benelux</i>)	173, 188, 189
OK 28 juni 2011, ARO 2011, 107 (<i>Waterspreng</i>)	80, 102, 174, 175
OK 6 juli 2011, ARO 2011, 110 (<i>DB/K3</i>)	13, 173, 189, 190
OK 14 juli 2011, ARO 2011, 113 (<i>Elpak</i>)	32, 416, 417, 426
OK 14 juli 2011, ARO 2011, 124 (<i>Toeleiding Naar Arbeid</i>)	54
OK 21 juli 2011, ARO 2011, 115 (<i>Dyna</i>)	175
OK 13 juli 2011, ARO 2011, 116 (<i>Meepo</i>)	69, 72, 75, 110, 117, 223
OK 26 juli 2011, ARO 2011, 125 (<i>Toeleiding Naar Arbeid</i>)	54, 118, 171 173, 189, 190, 191
OK 26 juli 2011, ARO 2011, 127 (<i>MacMountain Group</i>)	171, 173, 190
OK 28 juli 2011, ARO 2011, 133 (<i>Königsberg</i>)	32, 98, 100, 173 184, 188, 191
OK 1 augustus 2011, ARO 2011, 129 (<i>Tekengilde</i>)	118, 190
OK 8 september 2011, ARO 2011, 139 (<i>Induna</i>)	393
OK 14 september 2011, ARO 2011, 141 (<i>Van Seenus</i>)	175
OK 22 september 2011, ARO 2011, 145 (<i>Client First</i>)	32, 98, 189, 415, 416
OK 29 september 2011, ARO 2011, 148 (<i>RVDD Beheer</i>)	32, 175
OK 29 september 2011, ARO 2011, 149 (<i>Signaal Lichtreclame</i>)	54
OK 3 oktober 2011, ARO 2011, 151 (<i>MEI</i>)	160, 190
OK 4 oktober 2011, ARO 2011, 156 (<i>Solenne</i>)	13, 173
OK 13 oktober 2011, ARO 2011, 165 (<i>Seijsener Beheer</i>)	54
OK 14 oktober 2011, ARO 2011, 157 (<i>Fuse</i>)	84, 128
OK 14 oktober 2011, ARO 2011, 158 (<i>BCCH</i>)	172, 173, 189, 190, 191
OK 14 oktober 2011, ARO 2011, 161 (<i>Ogilvy</i>)	32, 98, 175
OK 20 oktober 2011, ARO 2011, 171 (<i>Faxgids</i>)	54
Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2011, RI 2012, 21 (<i>Helioform</i>)	230
OK 28 oktober 2011, ARO 2011, 167 (<i>Twister Media</i>)	171, 188, 189
OK 3 november 2011, ARO 2011, 169 (<i>Dracon-Eltron</i>)	54
Hof Amsterdam 15 november 2011, JOR 2012, 6 (<i>VEB en Emarcy/KLM en Air France</i>)	86
OK 10 november 2011, ARO 2011, 175 (<i>Act4Result</i>)	54
OK 8 december 2011, ARO 2012, 1 (<i>Noork</i>)	32, 98, 173, 188, 190
OK 8 december 2011, ARO 2012, 2 (<i>PHC</i>)	118, 172, 173, 184, 190
OK 13 december 2011, ARO 2012, 5 (<i>Leidsestraat Apotheek</i>)	32, 98, 102, 172 173, 174, 190
OK 27 december 2011, ARO 2012, 6 (<i>HSG</i>)	32, 175, 418
OK 15 december 2011, ARO 2012, 9 (<i>Landis</i>)	72, 393, 451
OK 20 januari 2012, ARO 2012, 16 (<i>Mulix Holding</i>)	168, 173, 177, 189 191, 263, 279, 348, 416

OK 7 februari 2012, ARO 2012, 24 (*Chinese Workers*) 173, 184, 190, 393
 OK 7 februari 2012, ARO 2012, 26 (*Pareto*) 118, 172, 173, 184
 OK 20 februari 2012, ARO 2012, 28 (*Mojo Theater*) 32, 47, 98, 101, 174, 191
 OK 24 februari 2012, ARO 2012, 30 (*Cerflex*) 32, 98, 173, 174,
 188, 189, 190
 OK 21 maart 2012, ARO 2012, 46 (*Chef Martin*) 118, 172, 173, 190
 OK 5 april 2012, ARO 2012, 54 (*Fortis*) 32, 238
 OK 5 april 2012, ARO 2012, 55 (*Zadeco*) 175, 418
 OK 10 april 2012, ARO 2012, 56 (*Sequoia*) 32, 80, 99, 234, 394
 OK 19 april 2012, ARO 2012, 62 (*VOC*) 32, 173, 174
 OK 19 april 2012, ARO 2012, 63 (*VOC*) 118, 127, 173, 188, 190
 OK 27 april 2012, ARO 2012, 65 (*Greenchoice*) 32, 173, 174, 188
 189, 190, 226, 393
 OK 4 mei 2012, ARO 2012, 67 (*Casino 's*) 130
 OK 25 april 2012, ARO 2012, 68 (*Butôt Holding*) 32, 173, 174, 188, 190
 OK 21 mei 2012, ARO 2012, 78 (*Verf- en Behanghal*) 118, 173, 191
 OK 22 mei 2012, ARO 2012, 80 (*CPS*) 160, 175
 OK 31 mei 2012, ARO 2012, 81 (*Interactive Partners*) 118, 172, 173, 188, 190
 OK 1 juni 2012, ARO 2012, 84 (*DOS*) 32, 173, 174, 190
 OK 5 juni 2012, ARO 2012, 86 (*Heusden Veste*) 32, 173, 190
 OK 13 juni 2012, ARO 2012, 95 (*Steltix*) 32, 174, 188, 190
 OK 14 juni 2012, ARO 2012, 98 (*RVDD*) 82, 160, 173, 188, 190
 OK 20 juni 2012, ARO 2012, 100 (*Adriaens Molenbouw*) 172, 173, 188
 OK 21 juni 2012, ARO 2012, 108 (*Rofitec*) 102, 175, 435
 OK 4 juli 2012, ARO 2012, 109 (*Matchez*) 184, 190
 OK 24 juli 2012, ARO 2012, 111 (*Dixberg*) 32, 174, 190
 Hof Amsterdam 3 juli 2012, JOR 2012, 283
 (*Van den Boogert/Wanders Coatings*) 17, 93, 224, 311, 361, 363
 OK 4 juli 2012, ARO 2012, 112 (*Königsberg*) 191
 OK 28 augustus 2012, ARO 2012, 119 (*Pierson & Pierson B.V.*) 32, 94, 393
 OK 3 september 2012, ARO 2012, 130 (*Pebblestone*) 32, 102, 174, 190, 417
 OK 4 september 2012, ARO 2012, 132 (*Böhmer*) 79, 86, 188, 189, 417
 OK 13 september 2012, ARO 2012, 135 (*Loonbedrijf*) 79, 173, 184, 188, 190
 OK 12 oktober 2012, ARO 2012, 150 (*Unifleet*) 130
 OK 18 oktober 2012, ARO 2012, 151, JOR 2013, 8
 (*Harbour*) 148, 154, 155, 201, 203
 OK 29 oktober 2012, ARO 2012, 154 (*NAD*) 32, 98, 172, 188, 189, 399
 OK 16 november 2012, ARO 2012, 161 (*RTS*) 40, 175
 OK 16 november 2012, ARO 2012, 162 (*Small Society*) 172, 173, 188, 190
 OK 22 november 2012, ARO 2012, 163 (*VLVDL*) 32, 98, 158, 188, 189, 190
 OK 26 november 2012, ARO 2012, 165 (*Via Parva*) 32, 98, 189, 393

Rechtbanken

Rb. 's-Hertogenbosch 11 maart 1983, NJ 1984, 394 (<i>Kuiken Brabant</i>)	79, 180, 275, 279, 355, 393
Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (<i>Amstelland</i>)	79, 180, 275, 279, 355, 393
Rb. Maastricht 19 januari 1995, NJ 1996, 30 (<i>Van Dooren en Mennen qq./Künz</i>)	230
Pres. Rb. Den Haag 20 juni 1995, KG 1995, 270 (<i>Groeneveld Winkelbedrijven/Nuts</i>)	213
Rb. Arnhem 4 april 1996, JOR 1996, 55 (<i>Lensen/Ramp</i>)	233, 431
Rechtbank Den Bosch 10 mei 1996, JOR 1998, 26 (<i>Hooymans/Hooymans</i>)	133, 388
Pres. Rb. Amsterdam 9 december 1997, JOR 1998, 7 (<i>Textlite</i>)	83
Pres. Rb. Breda 13 maart 1998, JOR 1998, 61 (<i>Wighers/De Jong</i>)	127
Rb. Rotterdam 14 oktober 1999, JOR 2000, 50 (<i>Double Super</i>)	193, 252
Rb. Den Haag 12 juli 2000 en 14 februari 2001, JOR 2001, 90 (<i>Van der Hout/Van Geest en Van Geest Beheer</i>)	401
Rb. Zwolle 4 juni 2003, LJN: AL6202, HA ZA 00-1210 (<i>eiser/gedaagde</i>)	12, 259
Vzr. Rb. Arnhem 18 juni 2003, ARO 2003, 172 (<i>MPC Holding/Amigo Holding en Marinello Beheer</i>)	181
Vzr. Rb. 's-Gravenhage 21 maart 2005, JOR 2005, 139 (<i>Audilux/Sjarbani</i>)	84, 123
Rb. Arnhem 1 maart 2006, LJN: AW2103 (<i>Vereniging Serviceflat 'Parkflat de Valkenburcht'</i>)	236
Vzr. Rb. Arnhem 19 september 2007, JOR 2007, 266 (<i>Sabelspoort Holding en Hermes Beheer/Laudij Beheer</i>)	55, 126, 127, 137, 199, 399
Pres. Rb. Leeuwarden 17 september 2008, OR 2009, 12 (<i>De Vries-Nieboer Beheer</i>)	420
Vzr. Rb. Arnhem 10 juli 2009, JOR 2009, 313 (<i>Delta/Essent</i>)	63, 88, 89, 90, 120, 284
Vzr. Rb. Breda 12 augustus 2009, JOR 2009, 281 (<i>Pilot Design</i>)	127
Vzr. Rechtbank Breda 23 november 2011, JOR 2012, 37 (<i>Baremans/Muijs</i>)	137, 140
Vzr. Rechtbank Breda 9 februari 2012, KG ZA 12-6 (<i>Buro BOV/Van Dongen</i>)	88
Rb. Zutphen 25 april 2012, JOR 2012, 179 (<i>Dijkhaas B.V./ Ruitenbergh</i>)	133, 181, 292
Rb. Zwolle-Lelystad 16 mei 2012, ARO 2012, 103 (<i>VDB Almere Beheer/Van den Broek Beheer</i>)	128
Rechtbank Den Haag 23 mei 2012, JOR 2012, 246 (<i>Emba</i>)	125, 133, 157, 181
Rechtbank Zwolle-Lelystad 27 juni 2012, JOR 2012, 249	

<i>(Meepo Holding/Meefout)</i>	89, 114, 181, 218
Rechtbank 's-Hertogenbosch 11 juli 2012, JOR 2012, 284	
<i>(Kemkens/Maas)</i>	93, 311, 361, 363
Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 2012, JOR 2012, 286	
<i>(F.A.M. Holding/Vanka-Kawat Holding)</i>	80, 91, 99, 366

LITERATUUR

Geraadpleegd en aangehaald

Van Andel 2006

M.W.J.M. van Andel, *Aansprakelijkheid voor nalaten in het ondernemingsrecht*, in: *Ondernemingsrecht 2006/afl. 2*

Asser-Van der Grinten II (de rechtspersoon)

C. Asser/W.C.L. van der Grinten, *De rechtspersoon*, Tjeenk Willink 1991

Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II

C. Asser/J.M.M. Maeijer, *De rechtspersoon*, Tjeenk Willink 1997

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010

C. Asser/A.S. Hartkamp/C.H. Sieburgh, *Verbintenissenrecht Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Kluwer 2010

Asser-Maeijer, 2-III

C. Asser/J.M.M. Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon 2-III, De naamloze en de besloten vennootschap*, Tjeenk Willink 1994

Asser-Maeijer 5-V

C. Asser/J.M.M. Maeijer, *Bijzondere overeenkomsten Deel V, Maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap*, Tjeenk Willink 1995

Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII* 2010

C. Asser/M. van Olffen, *Bijzondere overeenkomsten Deel VII, Personenvennootschappen*, Kluwer 2010

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009

C. Asser/G. van Solinge/M.P. Nieuwe Weme, *Rechtspersonenrecht, Deel II, De Naamloze en besloten vennootschap*, Kluwer 2009

Asser 2-III* Overige rechtspersonen 2012

C. Asser/G.J.C. Rensen, *Rechtspersonenrecht 2-III*. Overige rechtspersonen*, Kluwer 2012

Asser & Vranken 1999

W.D.H. Asser en J.B.M. Vranken, *Verantwoordelijk procederen*, Boom Juridische uitgevers 1999

Assink 2006

B.F. Assink, *Over vrijheid van ondernemingsbeleid en het enquêterecht - Divergentie en convergentie van bestuurlijke gedragsnormen en rechterlijke toetsingsnormen nader bezien*, in: *Ondernemingsrecht* 2006/afl. 8

Assink 2008

B.F. Assink, *Kan de Delaware business judgment rule wat betekenen voor het Nederlandse vennootschapsrecht, specifiek het enquêterecht?*, in: *Ondernemingsrecht* 2008/6

Assink 2010

B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht - Over facilitering en regulering van ondernemerschap*, in: *Ondernemingsrecht* 2010/afl. 6

Assink 2011

B.F. Assink, *Nogmaals over het plukken van mooie bloemen aan de rand van de afgrond*, in: *Ondernemingsrecht* 2011/afl. 5

Assink 2012

B.F. Assink, *Hoedanigheden en zorg(vuldigheids)plichten in het ondernemingsrecht*, in *AA* 2012-4

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, Kluwer 1992

Barendrecht & Van Peursem 1997

J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peursem, *Distributieovereenkomsten*, Kluwer 1997

Barkhuysen 2011

T. Barkhuysen, *Grondrechten en Ondernemingsrecht: het juridisch kader*, in: *Geschriften van de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011*, Kluwer 2011

Bartman & Holtzer 2010

S.M. Bartman en M. Holtzer, *Enquêterecht voorzichtig onder het mes*, in: *Ondernemingsrecht* 2010/afl. 2

Bartman 2012

S.M. Bartman, *Grenzeloos enquêterecht*, *AA* 2012-5

Beckman 1998

H. Beckman, *Administratie en openbaarmaking van de jaarrekening in het licht van boedelaansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, *TVVS* 1998/12

Bennaars & Zaal 2012

J.H. Bennaars en I. Zaal, *Arbeidsrechtelijke consequenties van het wetsvoorstel bestuur en toezicht*, Tijdschrift voor arbeid en onderneming, april 2012

Berendsen & Mol 2007

S.J.H.M. Berendsen en L.R.N. Mol, *De geschillenregeling in de herkansing: van 'procesrechtelijk raar beestje' naar effectief instrument?*, in: V&O 2007

Berendsen & Westenbroek 2008

S.J.H.M. Berendsen en W.A. Westenbroek, *Het SER-advies en ontwikkelingen in het enquêterecht*, in: Ondernemingsrecht 2008/afl. 6

Berg 1999

K. Berg, *Gedwongen overdracht van aandelen in geschillenregeling (art. 2:336 BW)*, Bb 26 mei 1999/nr. 10

Ten Berg 2002

J.A.M. ten Berg, *Statuten versus aandeelhoudersovereenkomsten*, in: Statuten zonder bezwaar, preadvies KNB 2002

Bertrams 1999

J.J. Bertrams, *De wettelijk geschillenregeling*, in: Overnemen een hele onderneming, Kluwer 1999

Blanco Fernández 2008

J.M. Blanco Fernandez, *Denkend aan zeggenschap. Over evenwichtige verhoudingen in een flexibel vennootschapsrecht*, in: Flexibele rechtsvormen, Kluwer 2008

Boschma & Mathey-Bal 2012

H.E. Boschma en P.P.D. Mathey-Bal, *Zijn de wetsvoorstellen rondom titel 7.13 terecht ingetrokken?*, in: Ondernemingsrecht 2012/afl. 6

Bosse 2012

W. Bosse, *De Flex-bv*, in: ftV maart en april 2012

Brenninkmeijer 1973

A.M. Brenninkmeijer, *Stemovereenkomsten van aandeelhouders*, Kluwer 1973

Brink 2003

M. Brink, *Voortgezette financiering bij Joint Venture*, in: JORplus 2003

Bulten 2005

C.D.J. Bulten, *Herziening van de geschillenregeling: grondige verbouwing of likje verf?*, WPNR 2005/6605

Bulten 2007

C.D.J. Bulten, *De gewijzigde geschillenregeling*, Ondernemingsrecht 2007/afl. 9

Bulten 2011/1

C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde*, Kluwer 2011

Bulten 2011/2

C.D.J. Bulten, *Over de flexibele aflegging van de sluier: de nieuwe uittreding*, in: *De nieuw geschillenregeling*, preadvies van de vereniging 'Handelsrecht', Kluwer 2011

Bulten 2012

C.D.J. Bulten, *Over de flexibele aflegging van de sluier: de nieuwe uittreding*, in: *Verslag van de vergadering van de vereniging 'handelsrecht'*, Kluwer 2012

Buys 1992

S.G.M. Buys, *Statuten, reglementen en besluiten beschouwen als algemene voorwaarden?*, TVVS 1992, 77

Cahen 1965

J.L.P. Cahen, *Kortsluiting in contractuele verhoudingen* (RM Themis 1965, p. 473-507), in: *Bezielde materie*, geschriften van J.L.P. Cahen, Gouda Quint 1991

Cahen 1970

J.L.P. Cahen, *Vorm, vorm en titel, of titel?*, WPNR 1970 nr. 5100

Cahen 1987

J.L.P. Cahen, *Bespreking van Asser-Van der Grinten, Vertegenwoordiging en Rechtspersoon* (RM Themis 1987, p. 146-153), in: *Bezielde materie*, geschriften van J.L.P. Cahen, Gouda Quint 1991

Chin-A-Fat 2004

B.E.S. Chin-A-Fat, *Scheiden: (ter)echter zonder rechter? Een onderzoek naar de meerwaarde van scheidingsbemiddeling*, Sdu 2004

Chin-A-Fat 2006

B.E.S. Chin-A-Fat, *'Het ouderschapsplan als wondermiddel? De rol van mediation in het nieuwe echtscheidingsrecht'*, in: M. Antokolskaia (red), *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap*, Amsterdam: SWP 2006

Chin-A-Fat 2009

B.E.S. Chin-A-Fat, *Nieuw (echt)scheidingsrecht: de kloof tussen wet en praktijk*, FJR 2009

Chin-A-Fat 2010

B.E.S. Chin-A-Fat, *Collaborative divorce: de overlegscheiding vindt haar weg in Nederland*, in: *Het nieuwe scheidingsrecht*, Boom Juridische uitgevers 2010

Clavareau 1932

Clavareau, *Décharge van rekenplichtigen in het Nederlandse privaatrecht*, Muusses 1932

Clumpkens & Kooi 2012

Mr. R.W. Clumpkens en mr. L.M. Kooi, *Pandrecht op lidmaatschapsrechten in een coöperatie: een onzekere zekerheid*, in: *Ondernemingsrecht 2012/afl.10-11*

Rapport Cools/Kroeze 2009

K. Cools, P.G.F.A. Geerts, M.J. Kroeze, A.C.W. Pijls, *Een empirisch onderzoek*, Kluwer 2009

Coops & Zonderland 1980

Coops/Zonderland, *Grondtrekken van het Nederlandse burgerlijk procesrecht*, Tjeenk Willink 1980

Cremers 2012

M. Cremers, *Hoe flexibiliseer je een BV?*, in: *Ondernemingsrecht 2012/afl.14*

Croiset van Uchelen 2010

A.R.J. Croiset van Uchelen, *Onmiddellijke voorzieningen; in of uit de schaduw van wanbeleid?*, in: *Geschillen in de vennootschap*, Kluwer 2010

Van Daal 1998

G.C. van Daal, *Tegenbewijs voor de aansprakelijk gestelde bestuurder*, *Advocaatenblad* 98/16 p. 897-898

Van Daelen & Huybens 2010

M.M.A. van Daelen en J.H. Huybens, *Europese ontwikkelingen en (de hervorming van) het BV-recht in verschillende lidstaten*, in: *TvOB 2010-4*

Dortmond 2000

P.J. Dortmond, *Stemovereenkomsten rondom de eeuwwisseling*, Kluwer 2000

Dortmond 2008

P.J. Dortmond, *Extra verplichtingen*, in: Flexibele rechtsvormen, Kluwer 2008

Dortmond 2010

P.J. Dortmond, *Omzetting van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid in een BV, en andersom*, in: Ondernemingsrecht 2010/afl. 8

Driessen 2003

A.E. Driessen, *De geschillenregeling revisited*, Ondernemingsrecht 2003/afl. 15

Drilmsa 1975

R.L. Drilmsa, *Rechtsvinding en het 'Handelingskarakter' van het woord*, in: Opstellen aan Prof. Mr. I. Kisch, Tjeenk Willink 1975

Van Duuren 2002

T.P. van Duuren, *De joint venture vennootschap*, Boom Juridische uitgevers 2002

Van Duuren 2011

T.P. van Duuren, *To be or not to be: that is the question*, in: TvOB 2011-2

Van Duuren 2012

T.P. van Duuren, *Stem- en samenwerkingsafspraken bij de persoonsgebonden BV*, in: Handboek onderneming en aandeelhouder, Kluwer 2012

Eggens 1933

J. Eggens, *Iets over den samenhang van verbintenissen uit onrechtmatige daad met die uit andere oorzaak*, WPNR 1923, in: Eggens bundel, Uitgeverij Belvédère 1998

Eggens 1936

J. Eggens, *In- en uittreden van leden bij vennootschappen onder firma*, Bijlage bij Indisch Tijdschrift van het Recht 1936, in: Eggens bundel, Uitgeverij Belvédère 1998

Eggens 1949

J. Eggens, *Een man een man, een woord een woord*, in: Eggens bundel, Uitgeverij Belvédère 1998

Eggens 1950

J. Eggens, *De bronnen van verbintenis*, WPNR 1950, in: Eggens bundel, Uitgeverij Belvédère 1998

Eikelboom 2009

F. Eikelboom, *Een toetsingskader voor het treffen van voorzieningen in het enquêterecht: artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (bescherming van eigendom)*, in: Ondernemingsrecht 2009/afl. 15

Eikelboom 2011/1

F. Eikelboom, *Enkele vermogensrechtelijke beschouwingen ten aanzien van overdracht van aandelen ten titel van beheer bij wijze van voorziening in het enquêterecht*, in: Ondernemingsrecht 2011/afl. 8

Eikelboom 2011/2

F. Eikelboom, *Afwijken van dwingend recht bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen op de voet van art. 2:349a BW jo. 2:8 lid 2 BW*, in: Ondernemingsrecht 2011/afl. 14

Ekering 1997

J.C.P. Ekering, *De beste stuurlui*, TvI 1997/2 p. 34-39

Engelaar 2012

M.E. Engelaar, *Corporate governance bij coöperaties; de NCR-code 2011*, in: Ondernemingsrecht 2012/afl.10-11

Galle 1993

R.C.J. Galle, *De Coöperatie*, Tjeenk Willink 1993

Geerlings, De Lange & Van Oostrom-Streep 2009

J.R. Geerlings, D.R. de Lange en N.C. van Oostrom-Streep, *Het juridische kader van het familie-ondernemingsbestuur*, in: TvOB 2009-5

Geerts 2004/1

P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, Kluwer 2004

Geerts 2004/2

P.G.F.A. Geerts, *Het redelijk belang van een enquête*, in: Ondernemingsrecht 2004, 44

Geerts 2009

P.G.F.A. Geerts, *De onmiddellijke voorzieningen van art. 2:349a lid 2 BW: een stand van zaken*, in: Ondernemingsrecht 2009/afl. 4

Van Ginneken & Timmerman 2011

M.J. van Ginneken en L. Timmerman, *De betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het ondernemingsrecht*, Ondernemingsrecht 2011/afl.17

Grapperhaus 2011

J.J.M. Grapperhaus, *Materiële kenmerken van personenvennootschappen naar titel 7.13 BW*, in: TvOB 2011-2

Van der Grinten 1949

W.C.L. van der Grinten, *Moraal en billijkheid als bron van verbintenis*, in: Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten, Kluwer 2004

Van der Grinten 1952

W.C.L. van der Grinten, *Het belang van de n.v.*, NV 30, p. 85 e.v.

Van der Grinten 1953

W.C.L. van der Grinten, *Rechtsgemeenschap en recht*, in: Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten, Kluwer 2004

Van der Grinten 1957

W.C.L. van der Grinten, *Collectivering in het privaatrecht*, Intreerede, in: Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten, Kluwer 2004

Van der Grinten 1961

W.C.L. van der Grinten, *De Regels van het spel*, De NV 1961

Van der Grinten 1965

W.C.L. van der Grinten, *Handelen te goeder trouw*, in: Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten, Kluwer 2004

Van der Grinten 1969

W.C.L. van der Grinten, *Marginale toetsing*, in: Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten, Kluwer 2004

Van der Grinten 1972

W.C.L. van der Grinten, *Ontwerp voor een nieuw burgerlijk wetboek, toelichting, vierde gedeelte (Boek 7)*, Staatsdrukkerij- en Uitgeverijbedrijf 1972

Van der Grinten 1978

W.C.L. van der Grinten, *Privaatrecht en maatschappelijke verandering*, in: Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten, Kluwer 2004

Van der Grinten 1982

W.C.L. van der Grinten, *De mythe van de aansprakelijkheid*, De NV 60/11 (1982)

Van der Grinten 1987

W.C.L. van der Grinten, *Decharge en kwijting in het vennootschapsrecht*, De naamloze vennootschap 65/8, mei/juni 1987

Van der Grinten 1992

E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Tjeenk Willink

Groot 1997

H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Kluwer 1997

Haas 2009

D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, Kluwer 2009

Hamers & Van Vliet 2005

J.J.A. Hamers en L.P.W. van Vliet, *De personenvennootschappen naar titel 7.13 BW*, Reed Business Information 2005

Hamers 2009

J.J.A. Hamers, *Titel 7.13 BW (vennootschap) en Raaijmakers' 'crusade'*, in: TvOB 2009-6

Hamers & Schwarz 2011

J.J.A. Hamers en C.A. Schwarz, *Extern gered! Intern de klos?*, in: TvOB 2011/1

Hamers 2012

J.J.A. Hamers, *Titel 7.13 (vennootschap); een nieuwe 'kruistocht-pro'!*, in: TvOB 2012-2

Hamers & Van Vliet 2012

J.J.A. Hamers en L.P.W. van Vliet, *Inleiding personenvennootschappen*, Boom Juridische uitgevers 2012

Van der Heijden 1938

E.J.J. van der Heijden, *Het burgerlijk wetboek en het vereenigingsrecht*, in: Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938, Tjeenk Willink 1938

Hoefnagels & Van Leuven 2003

G.P. Hoefnagels en C.A.R.M. van Leuven, *Forensische mediation*, Echtscheidingsbulletin februari 2003, nr. 2

Hoefnagels & Van Leuven 2009

G.P. Hoefnagels en C.A.R.M. van Leuven, *Gelukkig getrouwd, gelukkig gescheiden, Bemiddeling en overeenkomst bij trouwen en scheiden*, Amsterdam/Antwerpen: L.J. Veen 2009

Honée 1988

H.J.M.N. Honée, *Het afgescheiden vermogen van Moret, Gudde, Brinkman*, in: Van Vennootschappelijk belang, Tjeenk Willink 1988

Honée 1991

H.J.M.N. Honée, *Beschermingsconstructies: Brusselse ondoordachtheid, Hollandse halsstarrigheid*, in: De NV 1991

De Hoon 2005

M.W. de Hoon, *Conflictbeheersing bij opzegging*, Boom Juridische uitgevers 2005

De Hoon 2010

M.W. de Hoon, *Vuistregels voor een redelijke opzegtermijn*, NJB 2010, p. 1338-1345

Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993

Houwen, Schoonbrood-Wessels, Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, Kluwer 1993

Hugenholtz & Heemskerk 2009

W. Hugenholtz en W.H. Heemskerk, *Hoofddijnen van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Elsevier 2009

Huiskes 2010

C.R. Huiskes, *Decharge nader beschouwd*, Vereniging jaarrekeningrecht bundel 2010/2011, Boom Juridische uitgevers 2010

Huizink 2009

J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Kluwer 2009

Huizink 2010

J.B. Huizink, *Zorgplichten in het concern*, in: Onderneming & Financiering 2010 (18) 4

Huizink 2011

J.B. Huizink, *Groene serie Rechtspersonen*, losbladige editie, Kluwer 2011

Janssen 2004

M.J. Janssen, *Toepassing van de geschillenregeling in kort geding: voorzichtigheid geboden*, in: V&O december 2004, nr. 12

Jolles 1932

Jolles, *De kenmerken van de overeenkomst van maatschap*, Muusses 1932

Jongbloed 2008

A.W. Jongbloed, *Groene Serie Vermogensrecht, Artikel 303. Vereiste van voldoende belang*, bij: Burgerlijk Wetboek Boek 3, Artikel 303 [Point d'intérêt point d'action]

De Jongh 2011

J.M. de Jongh, *Redelijkheid en billijkheid en het evenredigheidsbeginsel, in het bijzonder in de verhouding van aandeelhouders tot het bestuur*, Ondernemingsrecht 2011/17

Josephus Jitta 2003

M.W. Josephus Jitta, *Formele aspecten van het enquêterecht. Op zoek naar het schaap met de vijf poten*, in: Ondernemingsrecht 2003/afl.15

Josephus Jitta 2011

M.W. Josephus Jitta, *Het wetsvoorstel tot wijziging van het enquêterecht*, in: Ondernemingsrecht 2011/afl.15

Kafka 1920

F. Kafka, *Gemeenschap*, in: Verzameld werk, Querido 1983

Kamminga & Vlaardingerbroek 2012

Y.P. Kamminga en P. Vlaardingerbroek, *Collaborative divorce: hoe een teambenadering conflictoplossingsprocessen tot een succes maken?*, in: FJR 2012/24

Kaser & Wubbe 1971

M. Kaser en F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Tjeenk Willink 1971

Van Kempen 1999

M.L.M. van Kempen, *Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen*, Tjeenk Willink 1999

Keukens & Vissers 2012

Q. Keukens en L.B. Vissers, *Wet bestuur en toezicht: het 'one tier board'-model nader belicht*, in: TvOB 2012-3

Klaassen 2010/1

C.J.M. Klaassen, *De Ondernemingskamer en de spiegel van de hofnar*, in: *Geschillen in de vennootschap*, Kluwer 2010

Klaassen 2010/2

C.J.M. Klaassen, *De Ondernemingskamer uitgelicht*, in: *Geschillen in de vennootschap*, Kluwer 2010

Klein Wassink 2012

A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht*, Kluwer 2012

De Kluiver 2006

H.J. de Kluiver, *Noodzaakfinanciering en de rol van de rechter*, in: *Financiering van de onderneming*, Kluwer 2006

De Kluiver 2007

H.J. de Kluiver, *Private ordering and buy-out remedies within private company law: towards a new balance between fairness and welfare*, *European Business Organization Law Review* 8, 2007

De Kluiver 2008

H.J. de Kluiver, *De flexibele kapitaalvennootschap van de Flex- naar de Beurs-BV*, in: *Flexibele rechtsvormen*, Kluwer 2012

De Kluiver 2010

H.J. de Kluiver, *Naar een statutaire geschillenregeling*, in: *Geschillen in de vennootschap*, Kluwer 2010

Koelemeijer 2012

M. Koelemeijer, *Minderheidsaandeelhouders revisited: les uit Air France-KLM*, in: TvOB 2012-2

Kooger 2004

R. Kooger, *Forensische bemiddeling: eerste ervaringen*, TMD 2004, nummer 2

Kroeze 1997

M.J. Kroeze, *Schade aan aandelen*, WPNR 6288

Kroeze & Wezeman 2006

M.J. Kroeze en J.B. Wezeman: *De openbaarmakingsplicht en aansprakelijkheid in faillissement*, in: verantwoording aan Hans Beckman, Kroeze e.a. red, 2006

Kroeze 2007/1

M.J. Kroeze, *The Companies and Business Court as a specialized court*, in: *Ondernemingsrecht* 2007-3

Kroeze 2007/2

M.J. Kroeze, *Arbitrage in het vennootschapsrecht*, in: *WPNR* 6702

Kroeze 2012

M.J. Kroeze, *De ingetrokken wetsvoorstellen over titel 7.13: een bron van recht*, in: *Ondernemingsrecht* 2012/afl. 6

Labohm & Van Leuven 2005

A.N. Labohm en C.A.R.M. van Leuven, *TMD* 2005, nr. 1

Labohm 2008

A.N. Labohm, *Conflict diagnose en een methodische aanpak ter zitting in familiiezaken (II)*, *EB* april 2008

Labohm 2009

A.N. Labohm, *De regierechter, conflictoplossing op maat*, *EB* september 2009

Leijten 1999/1

A.F.J.A. Leijten, *Tien jaar uitkoop- en geschillenregeling (I)*, in: *Ondernemingsrecht* 1999/afl. 8

Leijten 1999/2

A.F.J.A. Leijten, *Tien jaar uitkoop- en geschillenregeling (II)*, in: *Ondernemingsrecht* 1999/afl. 9

Leijten & Nieuwe Weme 2012

A.F.J.A. Leijten en M.P. Nieuwe Weme, *Het wetvoorstel aanpassing enquête-recht*, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation*, Kluwer 2012

Lennarts 1999

M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid*, Kluwer 1999

Lenters 1993

H. Lenters, *De rol van de rechter in de echtscheidingsprocedure*, Gouda Quint 1993

Van Leuven & Chin-A-Fat 2006

C.A.R.M. van Leuven en B.E.S. Chin-A-Fat, *Collaborative divorce: een toekomst in Nederland?*, Fjr. 2006, 97

Van Leuven 2010

C.A.R.M. van Leuven, *Een beschouwing omtrent het deskundigenonderzoek met toepassing van mediatietechnieken*, in: EB 2010, 31

Maeijer 1962

J.M.M. Maeijer, *Billijkheid in het burgerlijk recht*, in: Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer, Kluwer 2009

Maeijer 1964

J.M.M. Maeijer, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*, inaug. rede Nijmegen 1964

Maeijer 1964/1965

J.M.M. Maeijer, *Aandeelhouders in een naamloze vennootschap en de eisen van de goede trouw*, in: Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer, Kluwer 2009

Maeijer 1973

J.M.M. Maeijer, *Vennootschap (Titel 13)*, in: Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer, Kluwer 2009

Maeijer 1976

J.M.M. Maeijer, *De stemovereenkomst van aandeelhouders*, in: Recht zo die gaat, Tjeenk Willink 1976

Maeijer 1984

J.M.M. Maeijer, *De corrigerende werking van de goede trouw*, in: Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer, Kluwer 2009

Maeijer 1989

J.M.M. Maeijer, *De ontwikkeling van het begrip onderneming*, in: Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer, Kluwer 2009

Maeijer 1990

J.M.M. Maeijer, *Bespreking van: M.M. Mendel, Het vennootschappelijk belang*, in: Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer, Kluwer 2009

Maeijer 1998

J.M.M. Maeijer, *Vraagpunten en adviezen over titel 13 van Boek 7 inzake de personenvennootschappen*, Vereeniging 'Handelsrecht' 1998

Maeijer 2000/1

J.M.M. Maeijer, *Deelrechtsorde, redelijkheid en billijkheid, en vennootschappelijk belang*, in: Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer, Kluwer 2009

Maeijer 2000/2

J.M.M. Maeijer, *Het eigendomsrecht op en het belang van de onderneming: Walter van Gerven als alternatieve rechter*, in: Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer, Kluwer 2009

Maeijer 2003/1

J.M.M. Maeijer, *Hoofdlijnen van het Nederlandse wetsvoorstel 7.13 BW betreffende de personenvennootschap*, in: Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer, Kluwer 2009

Maeijer 2003/2

J.M.M. Maeijer, *Enige problemen waarmee ik heb geworsteld*, in: Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer, Kluwer 2009

Marges 2011

S.M. Marges, *Het voortijdig einde van een enquêteprocedure*, in: TvOB 2011-5

Maris 1923

Maris, *Het toepassingsgebied der rekenprocedure*, Kooyker 1923

Matheussen 1985

C. Matheussen, *De Justiniaanse codificatie in de Belgische burgerlijke vennootschap (Boek III, Titel IX Belgisch BW)*, in: Groninger opmerkingen en mededelingen, Magazijn voor Leerstellige Rechtsvergelijking op Historische Grondslag II, Stichting 'Het Groningsch Rechtshistorisch Fonds' 1985

Meijer 2012

W.B. Meijer, *De aandeelhoudersovereenkomst in relatie tot de vennootschap*, V&O 2012, nr. 7

Mendel 1989

M.M. Mendel, *Ons vennootschapsrecht anno 1989: een mandarijnenwetenschap?*, TVVS 1989, p. 1-5

Mohr 2003

A.L. Mohr, *Personenvennootschappen*, (samen met M.J.A. van Mourik en H.M.N. Schonis) in: preadvies van de vereniging 'Handelsrecht', Kluwer 2003

De Mol van Otterlo 2010

H.M. de Mol van Otterlo, *Arbitrabiliteit van vennootschapsrechtelijke geschillen; het Groenselect-arrest*, Ondernemingsrecht 2010/afl. 3

De Mol van Otterlo 2011

H.M. de Mol van Otterlo, *De geschillenregeling in arbitrage: een kansrijke optie?*, in: De nieuw geschillenregeling, preadvies van de vereniging 'Handelsrecht', Kluwer 2011

Molenaar 1991

F. Molenaar, *Bepalingen over boekhouding, verantwoording en accountantscontrole*, FED 1991

Van Mourik 2001

M.J.A. van Mourik, *Gemeenschap*, Kluwer 2001

Van Mourik 2003

M.J.A. van Mourik, *Personenvennootschappen*, (samen met A.L. Mohr en H.M.N. Schonis) in: preadvies van de vereniging 'Handelsrecht', Kluwer 2003

Nieskens 1991

B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, Kluwer 1991

Noldus 1969

W.J.M. Noldus, *Ongeldigheid van besluiten in de naamloze vennootschap*, Kluwer 1969

Norbruis 2005

R.W.Th. Norbruis, *Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling*, Ondernemingsrecht 2005/afl.13

Olaerts 2011

M. Olaerts, *Perikelen in concernverhoudingen*, in: TvOB 2011-1

Olaerts 2012/1

M. Olaerts, *De beperkte bestuurder*, in: TvOB 2012-2

Olaerts 2012/2

M. Olaerts, *Bestuurdersaansprakelijkheid in het vernieuwde (BV)-recht*, in: TvOB 2012-6

Olden 2003

P.D. Olden, *Tien jaar onmiddellijke voorzieningen*, in: Ondernemingsrecht 2003/afl.15

Van Olffen 2008

M. van Olffen, *Hybride rechtsvormen en alternatieven*, in: Flexibele rechtsvormen, Kluwer 2008

Van Olffen 2012

M. van Olffen, *Meerderheidsaandeelhouders versus minderheidsaandeelhouders, een bijzondere zorg(vuldigheids)plicht? Zwagerman revisited*, in: Handboek onderneming en aandeelhouder, Kluwer 2012

Pitlo & Cahen 1988

A. Pitlo/J.L.P. Cahen, *Korte uitleg*, elfde druk, 1988

Pitlo Löwensteyn 1986

F.J.W. Löwensteyn, *Het rechtspersonenrecht*, Gouda Quint 1986

Prein 2009

H.C.M. Prein, *Conflicten*, in: Handboek Mediation, Sdu Uitgevers 2009

Prinsen 2008

L.L.M. Prinsen, *Rechtspersoonlijkheid openbare personenvennootschappen, gevolgen voor de vennootschapsrechtelijke uitvoeringspraktijk*, TvOB 2008, 5

Punt 2010

H.M. Punt, *Het vennootschapsrecht van Holland*, Kluwer 2010

Raaijmakers 2012/3

G.T.M.J. Raaijmakers, *Gelijke behandeling van aandeelhouders en beleggers*, in: Handboek onderneming en aandeelhouder, Kluwer 2012

Raaijmakers 1976

M.J.G.C. Raaijmakers, *Joint Ventures*, Tjeenk Willink 1976

Raaijmakers 1977

M.J.G.C. Raaijmakers, *Door rechtspersonen heen kijken, respectievelijk Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen*, Preadvis NJV 1977

Raaijmakers 1987

M.J.G.C. Raaijmakers, *Rechtspersonen tussen contract en instituut*, Kluwer 1987

Raaijmakers 1988/1

M.J.G.C. Raaijmakers, *Over familierechtelijke betrekkingen in het rechtspersonen- en vennootschapsrecht*, in: *Handelsrecht tussen Koophandel en Nieuw BW*, Kluwer 1988

Raaijmakers 1988/2

M.J.G.C. Raaijmakers, *Over toe- en uittreding van leden in geval van fusie- en omzetting van (coöperatieve) verenigingen*, in: *Van vennootschappelijk belang*, Tjeenk Willink 1988

Raaijmakers 1991

M.J.G.C. Raaijmakers, *Over de rechtsbetrekkingen tussen aandeelhouders in een 'quasi V.O.F.'*, in: *In het nu wat worden zal*, Kluwer 1991

Raaijmakers 1992

M.J.G.C. Raaijmakers, *Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over joint ventures*, Kluwer 1992

Raaijmakers 1994

M.J.G.C. Raaijmakers, *Herziening van de Fusiecode*, Tjeenk Willink 1994

Pitlo & Raaijmakers 2000

M.J.G.C. Raaijmakers, *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Gouda Quint 2000

Raaijmakers & Vermeulen 2000

M.J.G.C. Raaijmakers en E.P.M. Vermeulen, *Beëindiging van joint ventures in de rechtsvorm van een VOF of BV*, Dossier nr. 43, oktober 2000

Pitlo & Raaijmakers 2006

M.J.G.C. Raaijmakers, *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Gouda Quint 2006

Raaijmakers 2009/1

M.J.G.C. Raaijmakers, *Naar een Wetboek Ondernemingsrecht*, Boom Juridische uitgevers 2009

Raaijmakers 2009/2

M.J.G.C. Raaijmakers, *Vereenvoudiging titel 7.13*, in: *Ondernemingsrecht 2009/afl. 2*

Raaijmakers 2010

M.J.G.C. Raaijmakers, *Over mijn stokpaarden*, in: TvOB 2010-1

Raaijmakers & Van der Schee 2010

M.J.G.C. Raaijmakers en P.A. van der Schee, *Bescherming van beleggers in Beurs-N.V.'s: het enquêterecht als actie en de 'business judgement rule' als afweermiddel*, in: M.J.G.C. Raaijmakers, H. Bruisten, & A.F. Verdam (Eds.), *En na de crisis? Lustrumbundel NGB*, Kluwer 2010

Raaijmakers & Van der Sangen 2011

M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen, *De positie van de directeur-groootaandeelhouder in het nieuwe BV-recht*, in: TvOB 2011-4 en 5

Raaijmakers 2012/1

M.J.G.C. Raaijmakers, *Aanpassing personenvennootschapsrecht in vergelijkend en historisch perspectief*, in: Ondernemingsrecht 2012/afl. 6

Raaijmakers 2012/2

M.J.G.C. Raaijmakers, *Tussen toen en nu: verbrokkeling en herintegratie van het ondernemingsrecht*, TvOB augustus 2012

Raaijmakers & Van der Sangen 2012

M.J.G.C. Raaijmakers en G.J.H. van der Sangen, *De directeur-groootaandeelhouder in het nieuwe BV-recht*, in: Handboek onderneming en aandeelhouder, Kluwer 2012

Raaijmakers 2013

M.J.G.C. Raaijmakers, *Iets over decharge in persoonsgebonden en beursvennootschappen*, in: TvOB 2013-1

Rensen 2005/1

G.J.C. Rensen, *Extra-verplichtingen van leden en aandeelhouders*, Kluwer 2005

Rensen 2005/2

G.J.C. Rensen, *Het voorontwerp flexibilisering BV-recht (tweede tranche)*, in: Ondernemingsrecht 2005/afl.13

Rijken 1994

G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid*, Kluwer 1994

Roelvink 1977

H.L.J. Roelvink, *Door rechtspersonen heen kijken*, Preadvies NJV 1977

Roest 2007

J. Roest, *'Geschillenregeling'*, WPNR 6731

Van Rossem & Cleveringa 1972

Van Rossem/Cleveringa, *Verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Tjeenk Willink 1972

Van der Sangen 1999

G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, Tjeenk Willink, 1999

Van der Sangen 2001

G.J.H. van der Sangen, *Omgekeerde doorbraak, afgeleide schade en de positie van (minderheids-)aandeelhouders in besloten verhoudingen*, Stichting & Vereniging 2001-2

Van der Sangen 2008

G.J.H. van der Sangen, *Bescherming van minderheidsaandeelhouders bij de flex-BV*, in: TvOB 2008-1

Van der Sangen 2009

G.J.H. van der Sangen, *Concernleiding en aansprakelijkheid: het delicate evenwicht tussen unitaire leiding en juridische zelfstandigheid*, in: TvOB 2009-6

Van der Sangen 2010

G.J.H. van der Sangen, *Tegenstrijdigbelangperikelen: the saga continues?*, in: TvOB 2010-2

Van der Sangen 2012/1

G.J.H. van der Sangen, *De curator in het vennootschapsrecht: onderstromen en schuivende panelen*, in: TvOB 2012-2

Van der Sangen 2012/2

G.J.H. van der Sangen, *Financiering van coöperaties: tussen efficiency en fairness*, in: Ondernemingsrecht 2012/afl.10-11

Van der Sangen & Zaman 2012

G.J.H. van der Sangen en D.F.M.M. Zaman, *Ondernemingsrecht: quo vadis?*, in: TvOB 2012-6

Van Schaick 1998

A.C. van Schaick, *De gemeenschap en haar problemen*, in: NTBR 1998/7

Schild 2011/1

A.J.P. Schild, *Het evenredigheidsbeginsel in het ondernemingsrecht; de jurisprudentie van het EHRM als inspiratiebron*, Ondernemingsrecht 2011/afl.17

Schild 2011/2

A.J.P. Schild, *Grondrechten en het ondernemingsrecht, het Nederlands perspectief*, in: Geschriften van de Vereniging *Corporate Litigation* 2010-2011, Kluwer 2011

Schild 2012

A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*, Kluwer 2012

Van Schilfgaarde 1969

P. van Schilfgaarde, *Toerekening van rechtshandeligen*, Kluwer 1969

Van Schilfgaarde & Van Solinge 1974

P. van Schilfgaarde en A.G. van Solinge, *De vennootschap volgens het ontwerp B.W.*, Tjeenk Willink 1974

Van Schilfgaarde 1983

P. van Schilfgaarde, *Wijziging van Boek 2 door de Invoeringswet Boeken 3-6 NBW*, WPNR 5639

Van Schilfgaarde 1986/1

P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, Kluwer 1986

Van Schilfgaarde 1986/2

P. van Schilfgaarde, *Toedoen en vertegenwoordigingsschijn bij rechtspersonen*, in: Met recht verenigd, Gouda Quint 1986

Van Schilfgaarde 1997

P. van Schilfgaarde, *Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, Insolad jaarboek 1997

Van Schilfgaarde 2000

P. van Schilfgaarde, *Feiten en rechtsoordelen*, WPNR 6396 en 6397

Van Schilfgaarde 2003

P. van Schilfgaarde, *Statuten zonder bezwaar*, WPNR 02/6503

Schilfgaarde & Winter 2009

P. van Schilfgaarde en J. Winter, *Van de BV en De NV*, Kluwer 2009

Schoenmaker-Tijsseling 2011

E. Schoenmaker-Tijsseling, *Het recht van een individuele aandeelhouder op informatie*, in TvOB 2011-4

Schoordijk 1970/1

H.C.F. Schoordijk, *Het leerstuk van de opgewekte schijn van volmacht en de Engels-Amerikaanse leer van de 'apparent authority'*, in: Honderd jaar rechtsleven, Tjeenk Willink 1970

Schoordijk 1970/2

H.C.F. Schoordijk, *Typologiseren en moduleren in de rechtsvinding*, in: Rechtsvinding, Kluwer 1970

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Kluwer 1979

Schoordijk 1983

H.C.F. Schoordijk, *Mede-eigendom, gemeenschap, rechtspersoonlijkheid*, Tjeenk Willink 1983

Schoordijk 1993

H.C.F. Schoordijk, *De luchthaven Reina Beatrix voor het Forum van de Hoge Raad der Nederlanden*, in: Feestbundel Universiteit van Aruba ('Cinco años na caminda'), Oranjestad 1993

Schouten 2009

J.C. Schouten, *Het empirisch onderzoek naar het enquêterecht en de toekomst van de geschillenregeling*, in: Ondernemingsrecht 2009/afl.13

Schrage 2012

E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid*, Kluwer 2012

Schwarz 2012

C.A. Schwarz, *Bescherming van minderheidsaandeelhouders bij beklemmende statutenwijzigingen naar komend BV-recht*, in: TvOB 2012-2

Slagter 1973

W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, tweede druk, Kluwer 1973

Slagter 1976

W.J. Slagter, *Geschillenregeling bij de bv*, TVVS 1976 nr 4

Slagter 1990

W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, vijfde druk, Kluwer 1990

Slagter 2009/1

W.J. Slagter, *Groene Serie Personenassociaties*, Kluwer 2009

Slagter 2009/2

W.J. Slagter, *Uiteenlopende visies op ondernemingsrecht*, in: TvOB 2009-3

Slagter 2010

W.J. Slagter, *Onteigening van aandelen*, in: Ondernemingsrecht 2010/afl. 8

Slagter 2012/1

W.J. Slagter, *De toekomst van de personenvennootschap*, in: Ondernemingsrecht 2012/afl. 6

Slagter 2012/2

W.J. Slagter, *De metamorfose van de aandeelhouder*, in: NJB 2012/1683

Smits 1969

P.M. Smits, *De externe gebondenheid van het vennootschapsvermogen*, Kluwer 1969

Smits 1995

J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, Gouda Quint 1995

Snijders-Kuipers 2010

B. Snijders-Kuipers, *Civielrechtelijke aspecten van rechtsvormwijziging op grond van Boek 2 BW en Titel 7.13 BW*, in: TvOB 2010-3

Snijders 2012

H.J. Snijders, *Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992*, in: AA 2012-10

Van Solinge 2010

G. van Solinge, *Geschillen in de vennootschap*, in: *Geschillen in de vennootschap*, Kluwer 2010

Spruit, Feenstra & Bongenaar 1993

J.E. Spruit, R. Feenstra, K.E.M. Bongenaar, *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, deel I: Instituten, Walburg Pers, SDU Juridische & Fiscale Uitgeverij 1993

Spruit, Feenstra & Bongenaar 1994

J.E. Spruit, R. Feenstra, K.E.M. Bongenaar, *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, deel II: Digesten I-X, Walburg Pers, SDU Juridische & Fiscale Uitgeverij 1994

Steins Bisschop 2010

B.T.M. Steins Bisschop, *Niets is meer zeker, zelfs niet het dwingend recht*, in: TvOB 2010-2

Sterk 1990

Sterk, *Van het doen van rekening en verantwoording*, aantekeningen bij Titel V, Burgerlijke rechtsvordering, p. 202, Kluwer, 1990

Stibbe 2006

F.D. Stibbe, *Squeeze outs, vanuit de positie van de aandeelhouders*, Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation*, 2006-2007

Stokkermans 2009

Chr. M. Stokkermans, *Boek 2 en de wederpartij te kwader trouw*, in: Ondernemingsrecht 2009/afl. 5

Stokkermans 2012

Chr. M. Stokkermans, *Wisselvertegenwoordiging en middellijke vertegenwoordiging: sleutels voor een moderne benadering van de personenvennootschappen*, in: Ondernemingsrecht 2012/afl. 6

Strijbos 1985

J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten*, Kluwer 1985

Strik 2009

D.A.M.H.W. Strik, *Ernstige verwijtbaarheid: tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid*, in: Ondernemingsrecht 2009/afl.16

Van Teeffelen 2005

P.A.J.Th. van Teeffelen, *Forensische conflictbemiddeling in gezags- en omgangszaken bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch*, Tijdschrift voor scheidingsrecht, oktober 2005, afl. 10, november/december 2005, afl. 11/12

Tervoort 2007

A.J.S.M. Tervoort, *Invoeringswet titel 7.13 (vennootschap)*, in: Ondernemingsrecht 2007, 143

Tervoort 2012

A.J.S.M. Tervoort, *Het personenvennootschapsrecht en zijn toepassing in de praktijk*, in: *Ondernemingsrecht* 2012/afl. 6

Timmerman 1988

L. Timmerman, *De concretisering van vage normen in het ondernemingsrecht*, in: *Van Vennootschappelijk belang*, Tjeenk Willink 1988

Timmerman 2003

L. Timmerman, *Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief*, in: *Ondernemingsrecht* 2003/afl.15

Timmerman 2005

L. Timmerman, *Gedragrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht*, oratie 2004, *Ondernemingsrecht* 2005/afl.1

Timmerman 2006

L. Timmerman, *Hartkamp en afgeleide schade*, in: *Hartkampvarianties*, Kluwer 2006

Timmerman 2009

L. Timmerman, *Grondslagen van geldend ondernemingsrecht*, oratie 2008, *Ondernemingsrecht* 2009/afl.1

Timmerman 2010

L. Timmerman, *Uittreding van aandeelhouders (ook volgens Russisch recht)*, in: *Willems' wegen*, Kluwer 2010

Timmerman 2011

L. Timmerman, *Vertrouwen op anderen. Enkele algemene en vennootschapsrechtelijke opmerkingen. 'The buck stops here'*, in: *Ondernemingsrecht* 2011/afl. 7

Tjittes 2006

R.P.J.L. Tjittes, *De afbraak van de aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen*, in: *Hartkampvarianties*, Kluwer 2006

Tjong Tjin Tai

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, in: *AA* 2007-9

Valckenier Kips 1891

Valckenier Kips, *De beteekenis van het woord 'rekenplichtigen' in art. 771 Wetb. v. Burg. Rechtsv.*, Blankenberg & Co. 1891

Van Veen 2008

W.J.M. van Veen, *Uittreden en voortzetting, toetreden en opvolging onder het wetsvoorstel vennootschap (ontwerp titel 7.13 BW)*, in: JBN 2008 2

Van Veen 2010/1

W.J.M. van Veen, *Verbetering of verrommeling van het vennootschapsrecht*, in: TvOB 2010-2

Van Veen 2010/2

W.J.M. van Veen, *Statutaire esien en-verbintenissen: één pot nat?*, in: Ondernemingsrecht 2010/afl.15

Van Veen 2011/1

W.J.M. van Veen, *Vernietiging of herroeping van de opzegging*, Groene Serie Personenassociaties 5, 2011

Van Veen 2011/2

W.J.M. van Veen, *Titel 7.13 BW: Quo Vadis?*, in: TvOB 2011-2

Van Veen 2012

W.J.M. van Veen, *Vermogensbescherming bij de flex-BV: back to basics!*, in: TvOB 2012-2

Veenstra 2008

F. Veenstra, *De aandeelhouder en zijn afgeleide schade*, Ondernemingsrecht 2008/afl. 4

Veenstra 2011

F. Veenstra, *Onmiddellijke voorzieningen in het enquêterecht; het conceptwetsvoorstel tot aanpassing van het enquêterecht nader beschouwd*, in: Ondernemingsrecht 2011/afl. 4

Vegter 1991

J.B. Vegter, *Opmerkingen over juridische gebondenheid in verband met de begrippen nakoming, schadevergoeding en verhaals aansprakelijkheid*, WPNR 91/5996

Verbrugh & Timmerman 2009

M.A. Verbrugh en L. Timmerman, *Het Nederlands enquêterecht in een internationaliserend vennootschapsrecht*, in: Ondernemingsrecht 2009/afl. 3

Verdam 2005

A.F. Verdam, *Tegenstrijdig belang en de rol van de aandeelhoudersvergadering, in het bijzonder bij beursvennootschappen*, WPNR 05/6626

Verhaar 2008

H.T. Verhaar, *De nieuwe geschillenregeling. Een overzicht van de voorstellen tot op heden*, Onderneming & Financiering 2008/1

Vermeulen 2011

E.P.M. Vermeulen, *Past een centraal aandeelhoudersregister in het huidige vennootschapsrecht*, in: Ondernemingsrecht 2011/afl. 5

Visscher 2011

M.H. Vischer, *De redelijke opzegging van onbenoemde duurovereenkomsten*, in: TvOB 2011/6

Vranken 1989

J.B.M. Vranken, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Tjeenk Willink 1989

De Vries 2012

P.P. de Vries, *Prijsbepalingsregels voor aandelen in een B.V. naar huidig en komend recht*, in: Ondernemingsrecht 2012/afl. 3

Waijjer 1993

B.C.M. Waijjer, *Statuten en statutenwijziging*, Kluwer 1993

Wakke 2010

P.N. Wakke, *Enquêteprocedure omkleden met meer waarborgen*, in: Geschillen in de vennootschap, Kluwer 2010

Wennekes 2012

A.G. Wennekes, *Zakelijk geschil? Zakelijke mediation*, in: Onderneming & Financiering 2012 (20) 2

Wezeman 1997

J.B. Wezeman, *Tien jaar Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement*, TvI 1997/1

Wezeman 1998

J.B. Wezeman, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Kluwer 1998

Wiarda 1999

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechstvinding*, Tjeenk Willink 1999

Van Wijk 2007

J.H.W. van Wijk, *De Hoge Raad en het enquêterecht: een overzicht*, in: Ondernemingsrecht 2007/afl.10-11

Willems 2000

J.H.M. Willems, *De enquêteprocedure: een efficiënte dienstmaagd*, in: Conflicten rondom de rechtspersoon, Kluwer 2000

Willems 2008

J.H.M. Willems, *Geschillen en exitmogelijkheden*, in: Flexibele rechtsvormen, Kluwer 2008

Willems 2010

J.H.M. Willems, *Het enquêterecht in de revisie*, in: Geschillen in de vennootschap, Kluwer 2010

Willems 2011/1

J.H.M. Willems, *Van Groeningen naar Groningen: over litigation en legislation*, in: Ondernemingsrecht 2011/afl.1

Willems 2011/2

J.H.M. Willems, *Uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Verhouding met het enquêterecht*, in: De nieuw geschillenregeling, preadvies van de vereniging 'Handelsrecht', Kluwer 2011

Willems 2012

J.H.M. Willems, *Rode rafels in het ondernemingsrecht*, in: Ars Aequi 2012-4

Winter 2011

J. Winter, *De staat van ons vennootschapsrecht*, in: Ondernemingsrecht 2011/afl. 14

De Witt Wijnen 1999

O.L.O. de Witt Wijnen, *Vertegenwoordiging en conflictoplossing*, in: Vertegenwoordiging en tussenpersonen, Tjeenk Willink 1999

Zaman 2008

D.F.M.M. Zaman, *Karakterverschillen tussen de Flexibele BV en de Personenvennootschap*, in: Flexibele rechtsvormen, Kluwer 2012

Zaman & Groenland 2009

D.F.M.M. Zaman en I.C.P. Groenland, *Tussen contract en instituut: waar zweeft de flex-BV?*, in: TvOB 2009-6

Zaman 2009

D.F.M.M. Zaman, *De rechtspersoonlijkheid van de OVR en CVR nader belicht*, in: TvOB 2009-3

Zaman 2010

D.F.M.M. Zaman, *Perikelen rondom vormvoorschriften bij de OV en OVR*, in: TvOB 2010-2

Zaman 2012

D.F.M.M. Zaman, *Het is onnodig en onwenselijk dat de notariële tussenkomst voor de oprichting van een standaard-BV wordt afgeschaft*, in: TvOB 2012-2

Zonnenberg 2008

L.H.M. Zonnenberg, *Collaborative divorce*, Tijdschrift voor scheidingsrecht, september 2008